IUS A IUSTITIA APPELLATUM EST
CONSIDERAZIONI CRITICHE SUL C.D. «DIRITTO PURO» ATTRAVERSO IL DIRITTO ROMANO*

Riccardo Cardilli
Università di Roma "Tor Vergata"

Sommario: 1. *La 'giustizia' degli antichi e la 'giustizia' dei moderni*. – 2. *Per una critica attraverso il diritto romano dell'utopia moderna del «diritto puro»*. – 3. 'Beneficium', 'officium' *e* 'obligatio' *tra pensiero degli antichi (Cicerone e Seneca) e pensiero dei moderni (Kant)*. – 4. 'Beneficium', 'officium' *e* 'obligatio' *in* Paulus l. 29 ad edictum *D.13.6.17.3*. – 5. 'Bona fides', 'aequitas' *e* 'iustitia' *in* Triphoninus l. 9 disputationum *D. 16.3.31 pr*. – 6. *Considerazioni conclusive.*

1. *La 'giustizia' degli antichi e la 'giustizia' dei moderni*. – Nella repubblica di Platone (Plato, *pol.* 2.359B-362C)[1], all'interno della tesi di Glaucone in replica a Socrate sulla «natura della giustizia» (φύσις δικαιοσύνης), si menziona ad arte l'aneddoto di Gyge, divenuto re della Lidia, grazie ad un anello che donava l'invisibilità. La prospettiva della tesi di Glaucone, che poi Socrate confuterà, è quella secondo cui l'istinto umano non orienta per natura i comportamenti ricercando il bene, ma lo fa per evitare le conseguenze negative delle azioni ingiuste. Qualora l'essere umano sia certo di non essere soggetto alla riprovazione della società nella quale vive, allora si orienterebbe a compiere azioni – anche le più scellerate – purché utili a se stesso[2]. Gyge, infatti, pastore di greggi del re della Lidia, trovato l'anello ed accortosi delle sue particolari proprietà, lo utilizza per sedurre la regina, uccidere il re stesso e assumere il suo posto.

Dall'aneddoto Glaucone trae conferma del suo assunto: se vi fossero due anelli di tal fatta, dandone uno all'uomo giusto e uno all'uomo ingiusto, ci sorprenderemmo nel vedere che entrambi gli uomini s'incamminerebbero sulla stessa strada. Entrambi, nell'anonimato dell'invisibilità, inizierebbero a trarne vantaggio per se stessi e a comportarsi come divinità.

---

* Dedico questo mio contributo al Prof. Filippo Gallo, scomparso nel 2019, esempio e guida nello studio del diritto.

[1] Plat. pol. 2.359b-362c : μὲν οὖν δὴ φύσις δικαιοσύνης, ὦ Σώκρατες, αὕτη τε καὶ τοιαύτη, καὶ ἐξ ὧν πέφυκε τοιαῦτα, ὡς ὁ λόγος. ὡς δὲ καὶ οἱ ἐπιτηδεύοντες ἀδυναμίᾳ τοῦ ἀδικεῖν ἄκοντες αὐτὸ ἐπιτηδεύουσι, μάλιστ᾽ ἂν αἰσθοίμεθα, εἰ τοιόνδε ποιήσαιμεν τῇ διανοίᾳ: δόντες ἐξουσίαν ἑκατέρῳ ποιεῖν ὅτι ἂν βούληται, τῷ τε δικαίῳ καὶ τῷ ἀδίκῳ, εἶτ᾽ ἐπακολουθήσαιμεν θεώμενοι ποῖ ἡ ἐπιθυμία ἑκάτερον ἄξει. ἐπ᾽ αὐτοφώρῳ οὖν λάβοιμεν ἂν τὸν δίκαιον τῷ ἀδίκῳ εἰς ταὐτὸν ἰόντα διὰ τὴν πλεονεξίαν, ὃ πᾶσα φύσις διώκειν πέφυκεν ὡς ἀγαθόν, νόμῳ δὲ βίᾳ παράγεται ἐπὶ τὴν τοῦ ἴσου τιμήν. εἴη δ᾽ ἂν ἡ ἐξουσία ἣν λέγω τοιάδε μάλιστα, εἰ αὐτοῖς γένοιτο οἵαν ποτέ φασιν δύναμιν τῷ Γύγου τοῦ Λυδοῦ προγόνῳ γενέσθαι. εἶναι μὲν γὰρ αὐτὸν ποιμένα θητεύοντα παρὰ τῷ τότε Λυδίας ἄρχοντι, ὄμβρου δὲ πολλοῦ γενομένου καὶ σεισμοῦ ῥαγῆναί τι τῆς γῆς καὶ γενέσθαι χάσμα κατὰ τὸν τόπον ᾗ ἔνεμεν. ἰδόντα δὲ καὶ θαυμάσαντα καταβῆναι καὶ ἰδεῖν ἄλλα τε δὴ ἃ μυθολογοῦσιν θαυμαστὰ καὶ ἵππον χαλκοῦν, κοῖλον, θυρίδας ἔχοντα, καθ᾽ ἃς ἐγκύψαντα ἰδεῖν ἐνόντα νεκρόν, ὡς φαίνεσθαι μείζω ἢ κατ᾽ ἄνθρωπον, τοῦτον δὲ ἄλλο μὲν οὐδέν, περὶ δὲ τῇ χειρὶ χρυσοῦν δακτύλιον ὄντα περιελόμενον ἐκβῆναι. συλλόγου δὲ γενομένου τοῖς ποιμέσιν εἰωθότος, ἵν᾽ ἐξαγγέλλοιεν κατὰ μῆνα τῷ βασιλεῖ τὰ περὶ τὰ ποίμνια, ἀφικέσθαι καὶ ἐκεῖνον ἔχοντα τὸν δακτύλιον: καθήμενον οὖν μετὰ τῶν ἄλλων τυχεῖν τὴν σφενδόνην τοῦ δακτυλίου περιαγαγόντα πρὸς ἑαυτὸν εἰς τὸ εἴσω τῆς χειρός, τούτου δὲ γενομένου ἀφανῆ αὐτὸν γενέσθαι τοῖς παρακαθημένοις, καὶ διαλέγεσθαι ὡς περὶ οἰχομένου. καὶ τὸν θαυμάζειν τε καὶ πάλιν ἐπιψηλαφῶντα τὸν δακτύλιον στρέψαι ἔξω τὴν σφενδόνην, καὶ στρέψαντα φανερὸν γενέσθαι. καὶ τοῦτο ἐννοήσαντα ἀποπειρᾶσθαι τοῦ δακτυλίου εἰ ταύτην ἔχοι τὴν δύναμιν, καὶ αὐτῷ οὕτω συμβαίνειν, στρέφοντι μὲν εἴσω τὴν σφενδόνην ἀδήλῳ γίγνεσθαι, ἔξω δὲ δήλῳ: αἰσθόμενον δὲ εὐθὺς διαπράξασθαι τῶν ἀγγέλων γενέσθαι τῶν παρὰ τὸν βασιλέα, ἐλθόντα δὲ καὶ τὴν γυναῖκα αὐτοῦ μοιχεύσαντα, μετ᾽ ἐκείνης ἐπιθέμενον τῷ βασιλεῖ ἀποκτεῖναι καὶ τὴν ἀρχὴν οὕτω κατασχεῖν.

[2] Vd. più in generale sul mito di Gyge nel dialogo platonico, T. Irwin, Plato's Ethics (New York-Oxford, 1995) 184-185. Sul rapporto e le differenze tra Erodoto e Platone in relazione al mito di Gyge, cfr. K. Philippakis, See No Evil: The Story of Gyges in Herodotus and Plato, in AA.VV., Justice v. Law in Greek Political Thought, ed. by L. G. Rubin, (Lanham-NewYork-Boulder-Oxford 1997), 27-40.

Nessuno, quindi, sarebbe giusto per sua volontà, ma perché costretto dalla necessità (οὐδεὶς ἑκὼν δίκαιος ἀλλ᾽ ἀναγκαζόμενος)[3]. L'elemento della 'necessità' (ἀνάγκη) vuole probabilmente qui qualificare il comportamento che il singolo deve seguire per evitare le conseguenze negative della società nella quale vive. Il comportamento necessitato sarebbe coerente ai costumi e alle regole di convivenza della società a cui egli appartiene e che tale comunità si è data.

In questa prospettiva, la giustizia non esiste, quindi, né come virtù assoluta, né come virtù individuale. Si è giusti se ci si conforma ai valori sociali e giuridico-morali della propria comunità, perché l'essere giusto o ingiusto è un giudizio ex post dato sulla congruità della condotta tenuta con i contenuti valoriali della comunità alla quale si appartiene.

La giustizia assume così un netto rilievo di relatività, condizionato dal contesto storico, politico, sociale e giuridico nel quale matura una considerazione di cosa sia giusto fare e cosa non lo sia. Si tratta di un concetto della 'giustizia', quello consequenziale all'aneddoto dell'anello di Gyge, nel quale il piano valoriale di condotte che siano di per sé giuste o ingiuste è inconferente, mentre divengono essenziali i valori della comunità nella quale si vive e il giudizio di riprovazione della stessa sulla condotta dell'agente. Quando questo contesto di riferimento può essere escluso (come appunto per l'invisibilità acquisita attraverso l'anello di Gyge), la natura umana sarebbe spinta a perseguire finalità puramente egoistiche a scapito di tutto il resto.

A prescindere dalle implicazioni che caratterizzano la tesi di Glaucone rispetto alla confutazione di Socrate, ritengo in questo contesto di dover accentuare la conseguenza logica di una tale tesi, quella secondo cui la giustizia è il fondamento delle relazioni interpersonali nella società umana. Detto in altri termini, la giustizia o è sociale o 'non è'. L'idea della giustizia che ne emerge è qualcosa che non può essere afferrato come assoluto, ma che necessariamente sarebbe incardinata in valori e principi storicamente e socialmente determinati nella specifica concezione politica, religiosa, giuridica, morale di una comunità[4].

Si tratta di un elemento di grande suggestione, collegato proprio alla contrapposizione tra etica dei moderni ed etica degli antichi: la prima tendenzialmente orientata verso una concezione individualista dei precetti che sorreggono la direzione delle condotte umane, e ciò dalla maggiore pervasività dell'idea cristiana, con poi forti sviluppi nel giusnaturalismo e nel liberismo; mentre la seconda centrata su una forte componente comunitaria ed un controllo del gruppo sul singolo sempre più incomprensibile agli occhi della cultura contemporanea[5].

---

[3] Εἰ οὖν δύο τοιούτω δακτυλίω γενοίσθην, καὶ τὸν μὲν ὁ δίκαιος περιθεῖτο, τὸν δὲ ὁ ἄδικος, οὐδεὶς ἂν γένοιτο, ὡς δόξειεν, οὕτως ἀδαμάντινος, ὃς ἂν μείνειεν ἐν τῇ δικαιοσύνῃ καὶ τολμήσειεν ἀπέχεσθαι τῶν ἀλλοτρίων καὶ μὴ ἅπτεσθαι, ἐξὸν αὐτῷ καὶ ἐκ τῆς ἀγορᾶς ἀδεῶς ὅτι βούλοιτο λαμβάνειν, καὶ εἰσιόντι εἰς τὰς οἰκίας συγγίγνεσθαι ὅτῳ βούλοιτο, καὶ ἀποκτεινύναι καὶ ἐκ δεσμῶν λύειν οὕστινας βούλοιτο, καὶ τἆλλα πράττειν ἐν τοῖς ἀνθρώποις ἰσόθεον ὄντα. οὕτω δὲ δρῶν οὐδὲν ἂν διάφορον τοῦ ἑτέρου ποιοῖ, ἀλλ᾽ ἐπὶ ταὐτ᾽ ἂν ἴοιεν ἀμφότεροι. καίτοι μέγα τοῦτο τεκμήριον ἂν φαίη τις ὅτι οὐδεὶς ἑκὼν δίκαιος ἀλλ᾽ ἀναγκαζόμενος, ὡς οὐκ ἀγαθοῦ ἰδίᾳ ὄντος, ἐπεὶ ὅπου γ᾽ ἂν οἴηται ἕκαστος οἷός τε ἔσεσθαι ἀδικεῖν, ἀδικεῖν. λυσιτελεῖν γὰρ δὴ οἴεται πᾶς ἀνὴρ πολὺ μᾶλλον ἰδίᾳ τὴν ἀδικίαν τῆς δικαιοσύνης, ἀληθῆ οἰόμενος, ὡς φήσει ὁ περὶ τοῦ τοιούτου λόγου λέγων: ἐπεὶ εἴ τις τοιαύτης ἐξουσίας ἐπιλαβόμενος μηδέν ποτε ἐθέλοι ἀδικῆσαι μηδὲ ἅψαιτο τῶν ἀλλοτρίων, ἀθλιώτατος μὲν ἂν δόξειεν εἶναι τοῖς αἰσθανομένοις καὶ ἀνοητότατος, ἐπαινοῖεν δ᾽ ἂν αὐτὸν ἀλλήλων ἐναντίον ἐξαπατῶντες ἀλλήλους διὰ τὸν τοῦ ἀδικεῖσθαι φόβον.

[4] Forzo un po' il dato testuale, sebbene non mi sfuggano le implicazioni che si aprono, in questa sede non sviluppabili, del rapporto tra la concezione della dikaiosyne in Platone e la teoria della justice in Rawls, J. Rawls, A theory of Justice, (Cambridge Mass. 1971).

[5] Nella dialettica tra singolo e comunità, un ruolo fondamentale nella concezione degli antichi ha avuto la polis e la valorizzazione del ruolo politico della cittadinanza quale comunità di eguali, tesa ad erodere il modello gerarchico proprio delle società aristocratiche; vd. sul punto M. Vegetti, L'etica degli antichi (Roma-Bari 1989); M. Cacciari, La città, (Rimini 2009[4]), 7 ss. Ed ora, accentuando giustamente la diversa forza di impatto dell''eguale' nella novità politica della città antica, tenendo conto dei due modelli dell'omoios e dell'isos, A. Schiavone, Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia (Torino 2019), 15-19. Sui condizionamenti ideologici dell'etica contemporanea si vd. anche R. Fiori, «Bonus vir». Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone (Napoli 2011), 141 ss. (dove altra bibliografia).

Il cemento giuridico-morale-religioso delle società antiche è rappresentato proprio dalla posizione del singolo nella comunità alla quale appartiene, in sfere concentriche dalla comunità naturale più piccola (la famiglia), alle comunità politiche di appartenenza (nelle diverse forme di declinazione della cittadinanza) o addirittura alla *societas omnium inter omnes* degli stoici, caratterizzando il tessuto sociale in termini di forte condizionamento della comunità sul singolo individuo[6]. Ciò è rappresentativo di un diverso paradigma sociale, proprio della prospettiva ribaltata dell'antichità, rispetto all'età contemporanea, che è necessario tenere in conto se si vuole comprendere quello che, con terminologia 'attuale', potremmo indicare quale il problema centrale dell'etica degli antichi, nella quale ha difficoltà ad emergere una visione soggettiva ed individuale del giudizio morale.

È chiaro, infatti, come nella prospettiva che alimenterà poi la cultura moderna, nella scoperta – fortemente ricercata in quanto liberatrice di energie sociali ed economiche per lo sviluppo del capitale – di una etica distinta dal diritto, diventerà inevitabile cogliere gli spunti più significativi per spiegare alcune delle profonde dinamiche della società in quell'epoca. Proprio la valorizzazione volontaristica ed individualistica del rapporto tra il Dio cristiano ed il credente, con il conseguente protagonismo della libertà di coscienza, avrebbe potuto precorrere la maturazione di una coscienza soggettiva ed individuale del giudizio morale, separato oramai dal giudizio sociale[7]. In realtà, però, propro la istituzionalizzazione della religione cristiana nelle strutture politiche dapprima del tardo impero e poi nelle realtà politiche medievali, si dimostrò l'antidoto più efficace, dal Medio Evo all'Assolutismo, contro gli effetti negativi dell'anello di Gyge, creando per le società umane vissute in Europa in quei secoli l'enorme difficoltà di liberarsi dal peso dell'idea del 'giusto sociale', nel senso oramai del 'giusto cristiano', quale espressione monolitica della cultura e dell'autoritatismo della *respublica christianorum*[8]. Il fattore maggiormente condizionante resta per l'uomo medievale l'impossibilità anche solo di immaginare l'invisibilità di cui aveva goduto Gyge, in quanto l'esclusività del rapporto del credente con il Dio cristiano esclude per definizione zone d'ombra nel giudizio divino dei comportamenti umani (di cui il sacramento della penitenza è momento di liberazione, riconciliazione e perdono), fornendo il presupposto della convinzione nel singolo della sicura visibilità del proprio comportamento, sempre e ovunque. Il contenuto religioso e morale del giuridico medievale, pesando sui comportamenti del singolo, si dimostra un fattore di forte controllo sociale e di resistenza a nuovi modelli umani di sviluppo[9].

In fondo, la forma politico-giuridica dello Stato moderno, nella sua versione laica, ha tentato di aspirare allo stesso ruolo delle religioni monoteiste, utilizzando, però, l'unica arma a sua disposizione, che non era tanto quella di una presunta superiorità morale (come voleva Hegel, ma come in fondo riemerge talvolta nella teorizzazione della superiorità dello stato democratico), ma quella dell'esercizio di un potere coercitivo sovrano esterno sul consociato, fissando eteronomamente precetti minimi diretti a vietare comportamenti considerati illeciti. Nasce cioè

[6] Si vd. M. Bretone, Storia del diritto romano (Roma-Bari 1995[4]) 37 ss.

[7] Al riguardo, importante quanto evidenzia P. Siniscalco, Il cammino di Cristo nell'Impero romano, Roma-Bari, 2004, 71: «Nelle culture pagane, sia quelle orientali che quella greco-romana, lo stretto legame tra regole e costumi della società e religione, ossia tra la sfera che tocca la vita civile e la sfera che tocca i rapporti con il divino, non lascia spazio a quella che potremmo dire una visione soggettiva del giudizio morale [lo spaziato è mio]; anzi ogni rinnegamento di una norma o di un dovere, la cui osservanza è considerata necessaria per la sopravvivenza e la coesione della società, entro un orizzonte che è, per i secoli antichi in genere e per l'epoca imperiale in specie, totalizzante, è ritenuto come una grave frattura del tessuto sociale che si deve sanare con la punizione di chi ha realizzato il comportamento anomalo».

[8] D'altronde, proprio in questi contesti di pensiero si sviluppa l'idea della giustizia come virtù sociale: S.Thomas, Sum. Theol ., II-II, q. 57, a. 1: «Iustitiae proprium est inter alias virtutes ut ordinet hominem in his quae sunt ad alterum. [...] Aliae autem virtutes perficiunt hominem solum in iis quae ei convenient secundum seipsum»

[9] H. J. Berman, Diritto e rivoluzione (Bologna 1988), 175 ss.

l'idea portante del diritto penale borghese, quale minimo etico garantito dallo Stato[10], e del carcere come pena coercitiva espressione del potere sovrano statuale[11].

Con Immanuel Kant, d'altronde, si era già perfezionata definitivamente – sebbene in una prospettiva filosofica – la deriva individualista della società liberale, con l'esclusione del ruolo concreto della comunità, a favore del soggetto-individuo e della sua volontà. Ciò ha avuto, come è noto, importanti conseguenze anche sul pensiero giuridico ottocentesco tedesco, nel quale questa prospettiva (già in parte emersa nella costruzione di un sistema di diritto imperniato nella centralità del *subiectum iuris* nelle scuole del diritto naturale dei secoli XVII e XVIII) entra prepotentemente nel *System* di diritto privato di Savigny, con la costruzione ordinante del concetto di 'soggetto di diritto' (*Rechtssubjekt*). Il diritto privato della società liberale dell'800 si concentra, infatti, sul modello dell'individuo (secondo il modello storico del cittadino borghese) e sulla sua volontà, alla quale collega la dinamica giuridica della società stessa, preparando l'ulteriore slittamento che si realizzerà poi nella prima metà del '900, nel passaggio dalla società borghese alla società di massa, dove proprio il superamento anche dell'ultima distinzione in classi sociali dello stato borghese (capitalisti e lavoratori), elemento fondativo del ruolo stesso dello Stato quale strumento di mediazione tra esse, porterà in alcuni paesi alla crisi della forma democratica dello stato ed all'avvento dei totalitarismi.

Si comprende bene, in questi contesti, come per il Kelsen della prima fase, nella ricerca (a mio avviso utopica) di un «diritto puro», proprio la nozione di 'giustizia' diventi un problema irrisolvibile per la sua *reine Rechtslehre*[12]. La relatività della nozione di 'giustizia', confermata dal fatto che la stessa condotta può assumere, a seconda del contesto storico e sociale, una qualificazione sia in termini di giustizia che di ingiustizia, la renderebbe per il giurista austriaco inutilizzabile ai fini di riempire ed orientare i contenuti del diritto. Kelsen critica la definizione di Ulpiano della *iustitia* come "*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*" (Ulp. 1 *reg.* D.1.1.10 pr.) in quanto sarebbe una *Leerformel*, una 'formula vuota': ciascun ordinamento giuridico determinerà nel suo diritto positivo quale sia il diritto (qui inteso da Kelsen nel senso di attribuzione

[10] Sul diritto penale borghese, per il mio punto di vista, si vd. Il problema dell'elemento soggettivo nelle XII Tavole, in XII Tabulae. Testo e commento, II (Napoli 2018) 817 ss.

[11] M. Foucalt, = Sorvegliare e punire. Nascita della prigione, [trad. it. di Surveiller et punir. Naissance de la prison (Paris 1975)] (Torino, 1978) 11 ss., che accentua come proprio nei secoli XVIII e XIX, nell'esercizio della coercitio sovrana degli stati, tenda a scomparire lo «spettacolo della punizione» e la «presa sul corpo» del condannato, con l'annullamento del dolore.

[12] Il tema fu oggetto della lezione di congedo di Kelsen dall'insegnamento americano nel 1952, lezione poi pubblicata nel 1953 ed inserita nella sua seconda edizione della Reine Rechtslehre (1960) come appendice al più ampio studio; H. Kelsen, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit (Wien, 1960). Significative sono le sue conclusioni al riguardo: «Da Jesus von Nazareth in dem Verhör vor dem römischen Statthalter zugab, ein König zu sein, sagte er: 'Ich bin geboren und in diese Welt gekommen, um Zeugnis zu geben für die Wahrheit.' Worauf Pilatus fragte: 'Was ist Wahrheit?' Der skeptische Römer erwartete offenbar keine Antwort auf diese Frage, und der Heilige gab auch keine. Denn Zeugnis zu geben für die Wahrheit war nicht das Wesentliche seiner Sendung als Messianischer König. Er war geboren, Zeugnis zu geben für die Gerechtigkeit, jene Gerechtigkeit, die er in dem Königreich Gottes verwirklichen wollte. Und für diese Gerechtigkeit ist er auf dem Kreuze gestorben. So erhebt sich hinter der Frage des Pilatus: Was ist Wahrheit? aus dem Blute des Gekreuzigten eine andere, eine noch viel gewaltigere Frage, die ewige Frage der Menschheit: Was ist Gerechtigkeit? Keine andere Frage ist so leidenschaftlich erörtert, für keine andere Frage so viel kostbares Blut, so viel bittere Tränen vergossen worden, über keine andere Frage haben die erlauchtesten Geister – von Platon bis Kant – so tief gegrübelt. Und doch ist diese Frage heute so unbeantwortet wie je. Vielleicht, weil es eine jener Fragen ist, für die die resignierte Weisheit gilt, dass der Mensch nie eine endgültige Antwort finden, sondern nur suchen kann, besser zu fragen. ... Ich habe diese Abhandlung mit der Frage begonnen: Was ist Gerechtigkeit? Nun, an ihrem Ende, bin ich mir wohl bewußt, diese Frage nicht beantwortet zu haben. Meine Entschuldigung ist, dass ich in dieser Hinsicht in bester Gesellschaft bin. Es wäre mehr als anmaßend, meine Leser glauben zu machen, mir könnte gelingen, was die größten Denker verfehlt haben. Und in der Tat, ich weiß nicht und kann nicht sagen, was Gerechtigkeit ist, die absolute Gerechtigkeit, dieser schöne Traum der Menschheit. Ich muss mich mit einer relativen Gerechtigkeit begnügen und kann nur sagen, was Gerechtigkeit für mich ist. Da Wissenschaft mein Beruf ist und sohin das wichtigste in meinem Leben, ist es jene Gerechtigkeit, unter deren Schutz Wissenschaft, und mit Wissenschaft Wahrheit und Aufrichtigkeit gedeihen können. Es ist die Gerechtigkeit der Freiheit, die Gerechtigkeit des Friedens, die Gerechtigkeit der Demokratie, die Gerechtigkeit der Toleranz.».

soggettiva di vantaggio) da attribuire a ciascuno. Con la definizione ulpianea sarebbe, cioè, giusto qualsiasi diritto positivo a prescindere dai suoi contenuti concreti.

La critica di Kelsen ha imposto alla scienza romanistica di cercare di capire quale fosse realmente la visione romana del rapporto tra *ius* e *iustitia*[13]. Filippo Gallo ha fortemente insistito sull'errore interpretativo a cui porta la lettura di Kelsen del testo di Ulpiano, evidenziando come la definizione ulpianea non stia qualificando come giusta l'attribuzione del diritto quale proprio di un determinato ordinamento giuridico, ma collochi la giustizia nel contesto delle virtù umane, nelle quali il significato della giustizia sarebbe caratterizzato dal fatto che l'uomo giusto è colui che orienta consapevolmente le sue azioni cercando di attribuire a ciascuno il diritto che gli spetta. Non vi sarebbe nella considerazione della giustizia da parte del giurista severiano alcuna assolutizzazione di contenuti, né tantomeno una automatica predeterminazione di cosa sia giusto attribuire a ciascuno, in chiave di contenuti normativi prefissatisi nel singolo ordinamento giuridico, dato che ne imporrebbe la valutazione in termini di 'clausola in bianco' idonea a giustificare in termini di giustizia qualsiasi ordinamento, anche quello più ingiusto.

Ritengo che la strada indicata da Filippo Gallo sia quella corretta. Da ciò si possono, infatti, dedurre due conseguenze importanti: la prima, che per Ulpiano la giustizia è una virtù umana universale. Ci sono cioè esseri umani giusti ed esseri umani ingiusti, caratterizzandosi i primi come coloro che orientano – con fermezza e costanza – le proprie azioni cercando di attribuire a ciascuno il suo in base alla sua posizione nella comunità. Quindi è altresì chiaro, in seconda battuta, come tale attività umana (che in quanto tale può essere fallace e non perfetta) non si possa intendere esclusivamente in chiave attributiva di posizioni positive, ma è necessario accordargli anche il significato di attribuzione di posizioni negative. *Ius suum tribuere* va reso meglio con il verbo italiano 'distribuire' o 'ripartire', più che attribuire. L'idea di attribuzione, infatti, rischia di trascinare con sé l'idea del vantaggio. Così come il segno *ius* qui usato non deve essere riletto in chiave di diritto soggettivo[14].

---

[13] Sul problema della iustitia in diritto romano e del suo rapporto col diritto, si vd. F. Senn, De la justice et du droit. Explication de la définition traditionnelle de la justice, (Paris 1927); Th. Mayer Maly, De iustitia et iure, in ZSS. 66 (1948) 458 ss.; A. Burdese, Sul concetto di giustizia nel diritto romano, in Annali di storia del diritto, 14-17 (1970-73) 103 ss.; 108; M. Kaser, Zum 'ius'-Begriff der Römer, in Acta juridica (1977), 67; W. Waldstein, Zu Ulpians Definition der Gerechtigkeit (D.1,1,10 pr.), in Festschr. Flume, I, (1978), 225s.; 230; Idem, Ist das suum cuique eine Leerformel?, in SDHI 61 (1995), 186ss.; Idem, Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Cicero und Ulpian, in Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts. Festschr. f. Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag, III, (1996), 64; U. von Lübtow, Die Anschauungen der römischen Jurisprudenz über Recht und Gerechtigkeit, in Studi in onore Sanfilippo VI, (1985), 526; 530; M. Diesselhorst, Die Gerechtigkeitsdefinition Ulpians in D.1,1,10 pr. und die praecepta iuris nach D. 1,1,10,1 sowie ihre Rezeption bei Leibniz und Kant, in AA.VV., Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposion für Franz Wieacker (Göttingen, 1985), 185; 190 ss.; F. Gallo, Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto, in SDHI. 54 (1988), 15 ss. [= Opuscula selecta (Padova 1999) 621 ss.]; U. Manthe, Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffs I: Die Mathematisierung durch Pythagoras und Aristoteles, in ZSS.RA. 113 (1996) 1 ss.; Idem, Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes II: Stoische Würdigkeit und die iuris praecepta Ulpians, in ZSS RA 114 (1997) 1 ss.; A. Schiavone, Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano. Un'esegesi, in SDHI. 69 (2003) 15 s.; Idem, Ius. L'invenzione del diritto in Occidente (Torino 2005) 361ss.; L. Peppe, 'Jedem das Seine', (uni)cuique suum, 'a ciascuno il suo', in AA.VV., Tradizione romanistica e Costituzione, diretto da L. Labruna, a cura di M.P. Baccari e C. Cascione, II, (2006), 1745 ss.; G. Falcone, Ius suum cuique tribuere, in AUPA. LII (2007-2008), 133 ss.; D. Mantovani, L'aequitas romana: una nozione in cerca di equilibrio, in Antiquorum philosophia 11 (2017), 27-55, in particolare 34 ss.

[14] Per il significato storico della distinzione concettuale tra diritto oggettivo e diritto soggettivo, si vd. per tutti B. Albanese, Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo, in Scritti in onore A.C. Jemolo, IV (Milano, 1963), 1 ss.; Idem, Premesse allo studio del diritto romano, (Palermo 1978), 75 ss.; 197 ss. Per lo svelamento delle premesse ideologiche della distinzione, si vd. P. Catalano, Diritto Soggetti Oggetti. Un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1.1.12, in Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca, II (Napoli 2001), 95-117. Che ius suum nella definizione ulpianea di giustizia non possa essere inteso né come diritto (in senso oggettivo), né come diritto soggettivo, è affermato da M. Villey, Suum jus cuique tribuens, in Studi in onore P. De Francisci, I (Milano 1954), 364s.; velocemente anche in F. Gallo, Diritto e giustizia , 20 n.80. Sul punto insiste giustamente G. Falcone, Ius suum cuique tribuere , 135 ss. che interpreta la frase ulpianea quale « attribuzione della 'posizione giuridica' che spetta a

È altresì chiaro che – come lo stesso Filippo Gallo ha dimostrato – la *permutatio legum* realizzatasi con la codificazione giustiniane[15] può aver impresso alla definizione giurisprudenziale di giustizia una sua considerazione funzionale a giustificare l'intera opera di codificazione dall'imperatore Giustiniano, come realizzazione imperitura della giustizia stessa (si vd. il concetto giustinianeo di *templum iustitiae* nelle costituzioni *Deo auctore* 5 e *Tanta* 20)[16]. La giustizia nei codici viene cioè ad assumere una sua più statica determinazione collegata al contenuto del diritto fissatosi e finalizzato alla applicazione giudiziale, come nella riflessa definizione delle Istituzioni imperiali I.1.1 pr.: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*, dove la *tribuens voluntas* si incarna oramai nel contenuto dei codici e nella volontà dell'imperatore come personificazione stessa della giustizia. Qualcosa di analogo accade nella costruzione della cosidettà «equità positiva» nei moderni diritti codificati[17].

Al contrario, la concezione del giurista Ulpiano è caratterizzata da una dinamica della giustizia che non è predeterminata dal contenuto normativo esistente in un certo momento storico, ma rappresenta una forza potenzialmente innovatrice e modificativa del diritto esistente, forza di critica e miglioramento espresse bene nell'attività caratteristica della giurisprudenza nella concezione ulpianea in Ulp. l.1 *inst.* D.1.1.1.1, quella appunto secondo la quale i giuristi – che non ne sono gli esclusivi custodi e mediatori in quanto virtù universale – «coltivano» la virtù della giustizia (*iustitia enim colimus*). La giustizia di Ulpiano resta coerente alla concezione propria della società romana – anche nel periodo cosmopolita dell'impero – come riflessa non soltanto nella giustizia correttiva, ma anche in quella distributiva, nell'apporzionamento diseguale delle posizioni giuridiche[18] . Ciò se da un lato impone determinazioni di attribuzioni giuridiche diseguali e non esclusivamente di vantaggio, coerentemente alla diseguaglianza degli *status* delle *personae* e alle condotte compiute, dall'altro lato ciò si inserisce all'interno di un tendenziale eguagliamento del diritto degli esseri umani non esclusivamente realizzato sul piano della sola cittadinanza, nelle forme concettuali assunte dalla maggiore astrazione che il pensiero giuridico viene ad acquisire da Quinto Mucio Scevola in poi. Ciò significa, per intenderci che, se da un lato resta nella visione romana come netta la distinzione tra liberi e schiavi (così come d'altronde quella tipicamente romana tra padri e figli), dall'altro ciò non è di impedimento per la realizzazione nel pensiero

---

ciascuno: posizione non necessariamente favorevole (quale la titolarità di un diritto, di una pretesa etc.), bensì anche, a seconda dei casi, di svantaggio» (p.136).

[15]F. Gallo, Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica (Torino 2010), 42 ss. (ne esiste una traduzione in lingua spagnola nella Collana Tradición y Dogmatica della editrice Eudeba di Buenos Aires, 2015). Si vedano anche le riflessioni di M. Miglietta, Alle origine della rimozione del pensiero celsino: la 'legum permutatio' giustinianea, in AA.VV., Celso teorico del diritto, a cura di L. Garofalo (Napoli 2016), 3 ss.

[16] Si vd. al riguardo G.G. Archi, Il diritto nell'azione politica di Giustiniano, in SDHI. 47, 1981, 39 ss.; S. Schipani, La codificazione del diritto romano comune (Torino 1999[2]), 19 ss.

[17] Vd. ora per l'approfondimento del ruolo di Vittorio Scialoja nella costruzione della nozione di «equità» positiva, M. Brutti, Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni del diritto civile (Torino 2013), 34 ss.

[18] Si tratta come è noto di una concezione che Roma ha ereditato dal pensiero greco: Plat. Rep. I, 332β-ξ (ἠνίξατο ἄρα, ἦν δ᾽ ἐγώ, ὡς ἔοικεν, ὁ Σιμωνίδης ποιητικῶς [332ξ] τὸ δίκαιον ὃ εἴη. διενοεῖτο μὲν γάρ, ὡς φαίνεται, ὅτι τοῦτ᾽ εἴη δίκαιον, τὸ προσῆκον ἑκάστῳ ἀποδιδόναι, τοῦτο δὲ ὠνόμασεν ὀφειλόμενον.); Arist. Eth. Nic. 1130b30: τῆς δὲ κατὰ μέρος δικαιοσύνης καὶ τοῦ κατ᾽ αὐτὴν δικαίου ἓν μέν ἐστιν εἶδος τὸ ἐν ταῖς διανομαῖς τιμῆς ἢ χρημάτων ἢ τῶν ἄλλων ὅσα μεριστὰ τοῖς κοινωνοῦσι τῆς πολιτείας （ἐν τούτοις γὰρ ἔστι καὶ ἄνισον ἔχειν καὶ ἴσον ἕτερον ἑτέρου） [1131 a 1] ἓν δὲ τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικόν. […] [1131a10] εἰ οὖν τὸ ἄδικον ἄνισον, τὸ δίκαιον ἴσον: ὅπερ καὶ ἄνευ λόγου δοκεῖ πᾶσιν. ἐπεὶ δὲ τὸ ἴσον μέσον, τὸ δίκαιον μέσον τι ἂν εἴη. ἔστι δὲ τὸ ἴσον ἐν ἐλαχίστοις δυσίν. ἀνάγκη τοίνυν τὸ δίκαιον μέσον τε καὶ ἴσον εἶναι καὶ πρός τι καὶ τισίν, καὶ ᾗ μὲν μέσον, τινῶν （ταῦτα δ᾽ ἐστὶ πλεῖον καὶ ἔλαττον), ᾗ δ᾽ ἴσον, δυοῖν, ᾗ δὲ δίκαιον, τισίν.; Stoicorum Veterum Fragmenta (von Arnim), III. 266 (Chrysippus): δικαιοσύνη δὲ ἕξις ἀπονεμητικὴ τοῦ κατ΄ἀξίαν ἑκάστω; Rhet.ad Her. (3.3): Iustitia est aequitas ius unicuique rei tribuens pro dignitate cuiusque; Cic. de inv. 2.160: Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem. Per una lettura del rapporto tra iustitia ed aequitas nella Rhetorica ad Herennium, A. Schiavone, Ius. L'invenzione del diritto , 259 ss. Per un approfondimento delle basi filosofiche greche della nozione di giustizia come virtù soggettiva e della verifica storica delle loro concrete penetrazioni nella cultura giuridica romana, si vd. E.M. Atkins, 'Domina et Regina Virtutum': Justice and Societas, in Phronesis 35/3 (1990), 258 ss. Sul tema si vd. ora, con una valorizzazione della prospettiva giuridica romana, D. Mantovani, L'aequitas romana , 34 ss.

giuridico romano di schemi unificanti sul piano della forma, quali quelli delle *personae* (distinte in *liberi, liberti, servi*), degli *animalia* (distinti in domestici, mansuefatti e selvatici) delle *res* (distinte in private, pubbliche e comuni, in *mancip*i e *nec mancipi*, in mobili ed immobili,i corporali ed incorporali), dei *dominia* (distinti in civile, pretorio e provinciale), dei *contractus* (distinti in verbali, reali, letterali e consensuali), delle *obligationes* (distinte in civili, pretorie e naturali), delle *successiones* (distinte in testamentarie, legittime, pretorie, fedecommissarie) etc. Tali forme linguistiche di espressione tese a costruire categorie unitarie ordinanti la realtà, sebbene riposassero sopra un sostrato consuetudinario di figure giuridiche dell'esperienza, quali ad es. *homo*, *equus, fundum*, *meum esse ex iure Quiritium, in bonis habere, mutuum, emptio venditio, oportere, heres* e *bonorum possessor*, ne divengono la forma astratta di espressione, la quale viene a svincolarsi dalla vischiosità delle specifiche differenziazioni che ne avevano caratterizzato la maturazione originaria in termini di realtà. Le nuove forme, che vengono ad astrarsi sulle forme antiche, permettono di abbracciare situazioni giuridiche differenziate e sono anche idonee ad accogliere tendenzialmente nuove realtà di relazioni. Ora è il lessico giuridico a dominare la realtà e non più il contrario[19]. È chiaro che questo salto di qualità nelle forme espressive del discorso giuridico può avere riflessi anche su categorie 'principiali' quali quelle che in questa sede assumono un ruolo centrale.

Se seguiamo un tale orientamento nella comprensione del significato della dottrina ulpianea di giustizia, nel contesto originario della sua opera e poi nella sua utilizzazione nel contesto dei codici di Giustiniano, non possiamo non cercare di comprendere più a fondo quale sia il significato che il *suum ius* viene ad assumere quale oggetto del *tribuere* nella definizione. La virtù soggettiva dell'uomo giusto (virtù che in particolare il giurista deve coltivare) non sarebbe quella di attribuire a ciascuno il *quid* di vantaggio oggetto di un suo diritto, che sarebbe prefissato nel diritto positivo esistente (un po' poi come accadrà nella dottrina positivistica del giudice giusto), ma quella di adeguare il 'porzionamento' di quanto spetti giuridicamente (a vantaggio o a svantaggio) a ciascuno in base alla sua posizione giuridica nella società e alle sue concrete azioni[20]. Sovrapporre alla definizione ulpianea un'interpretazione orientata a riconoscere al *ius suum* di Ulpiano il significato moderno di attribuzione del «diritto soggettivo» che il singolo ordinamento, attraverso la positivizzazione del suo diritto, ha codificato – come in definitiva fa Kelsen – non è corretto, né in chiave di interpretazione storica della dottrina della giustizia del giurista romano, poiché cancella con un solo colpo di spugna il vero contesto valoriale entro il quale quella definizione va ricondotta, né in chiave di comprensione di valori fuori dal contesto sociale e culturale nel quale vengono attuati.

La definizione che incontriamo nel *de inventione* ciceroniano della *iustitia* quale «*habitus animi communi utilitate conervata suam cuique tribuens dignitatem*» (Cic. *de inv.*2.53.160), pur nelle dovute differenze ben evidenziate in dottrina, si colloca su un piano di identità di fondo, dove il giurista, con la sostituzione alla *dignitas* del *ius* opera una precisa scelta valoriale di maggiore consistenza per il discorso giuridico[21].

D'altronde, è proprio la cultura romana, ed in particolare Cicerone, a rappresentare un anello di congiunzione significativo tra l'idea della *dikaiosyne* di Glaucone (e la conseguente critica di Socrate) e quella romana di *iustitia,* partendo proprio dall'aneddoto di Gyge (e la concezione da esso emergente). L'anello di Gyge e Platone vengono, infatti, ricordati da Cicerone nel *de officiis* 3.8.35-3.10.40[22]. Va subito evidenziata però la differenza di contesto nel quale l'aneddoto viene

[19] Tocco problemi sui quali è ancora ampio il dibattito: si veda per le diverse posizioni A. Schiavone, Giuristi e nobili nella Roma tardorepubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridio antico (Roma-Bari, 1987); Idem, Ius. L'invenzione del diritto , 171 ss.; e M. Talamanca, Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio, in A. Giardina- A. Schiavone (cur.), Società romana e produzione schiavistica, III. Modelli etici, diritto e tra-sformazioni sociali, (Roma-Bari 1981) 35 ss.

[20] Vd. supra n. 13.

[21] F. Gallo, Diritto e giustizia , 18-19.

[22] Cic., de officiis, 3.8.35-3.10.40: Cum igitur aliqua species utilitatis obiecta est, commoveri necesse est; sed si, cum animum attenderis, turpitudinem videas adiunctam ei rei, quae speciem utilitatis attulerit, turn non utilitas relinquenda est, sed intellegendum, ubi turpitude sit, ibi utilitatem esse non posse. Quodsi nihil est tam contra naturam

ricordato. In Platone, all'interno del dialogo su cosa sia la giustizia, mentre in Cicerone nell'àmbito della questione del rapporto tra l'utile e l'onesto, questione filosofica che assume un valore fondamentale nella scuola stoica. In Cicerone l'antico mito si colloca entro la tesi «*quod bonum, id certe utile; ita quicquid honestum id utile*». Un'altra differenza, che è sintomo di come Cicerone si inserisca in una riflessione già maturata sul punto nella scuola stoica e che rileggeva il mito di Gyge nel contesto dei concetti stoici di *bonum* e di *sapientia*, è data dal fatto che la prospettiva ciceroniana non è più quella dell'uomo giusto (*dikaios/iustus*), ma quella dell'uomo saggio (*sapiens*), il quale non verrebbe mai dirottato in ragione dell'invisibilità nel seguire il suo principio ordinatore della condotta, in quanto il fine del *sapiens* sarebbe sempre ed in ogni caso l'*honestas*. La questione, quindi, in Cicerone assume una prospettiva ribaltata, e cioè se sia effettivamente possibile compiere azioni che ci sembrano utili, senza contravvenire l'onesto. La prospettiva scarta dalla dimensione dell'azione giusta alla dimensione dell'azione conforme all'*honos* (l'unica sempre giusta).

La dottrina ha ben evidenziato come il piano dell'*honos* è fortemente caratterizzato dalla componente comunitaria[23]. Esso esprime la esatta 'posizione' del singolo nella comunità – a cui corrisponde una corrispondente porzione di *ius* non necessariamente in chiave attributiva di vantaggio, ma anche di svantaggio –, assumendo precise connotazioni (diremmo noi) giuridico-morali nel contesto di una società gerarchicamente organizzata e nella quale l'eguaglianza non è mai egalitarismo, ma appunto parità di trattamento giuridico a parità di posizione giuridica, frutto di una mentalità che ponderi la posizione di ciascuno nella società e la coerenza delle sue condotte a tale posizione. Sarebbe altrimenti difficile comprendere la logica romana della *fides* di relazione tra patrono e cliente o quella della *deditio in fidem* tra popolo romano e popoli vinti[24].

Lo slittamento ciceroniano dal *dikaios* platonico al *sapiens* stoico sposta anche la considerazione della condotta giusta che è conseguentemente espressione della posizione congrua al

---

quam turpitudo (recta enim et convenientia et constantia natura desiderat aspernaturque contraria) nihilque tam secundum naturam quam utilitas, certe in eadem re utilitas et turpitudo esse non potest. Itemque, si ad honestatem nati sumus eaque aut sola expetenda est, ut Zenoni visum est, aut certe omni pondere gravior habenda quam reliqua omnia, quod Aristoteli placet, necesse est, quod honestum sit, id esse aut solum aut summum bonum; quod autem bonum, id certe utile; ita, quicquid honestum, id utile. Atque etiam ex omni deliberatione celandi et occultandi spes opinioque removenda est. Satis enim nobis, si modo in philosophia aliquid profecimus, persuasum esse debet, si omnes deos hominesque celare possimus, nihil tamen avare, nihil iniuste, nihil libidinose, nihil incontinenter esse faciendum. Hinc ille Gyges inducitur a Platone, qui, cum terra discessisset magnis quibusdam imbribus, descendit in illum hiatum aeneumque equum, ut ferunt fabulae, animadvertit, cuius in lateribus fores essent; quibus apertis corpus hominis mortui vidit magnitudine invisitata anulumque aureum in digito; quem ut detraxit, ipse induit (erat autem regius pastor), tum in concilium se pastorum recepit. Ibi cum palam eius anuli ad palmam converterat, a nullo videbatur, ipse autem omnia videbat; idem rursus videbatur, cum in locum anulum inverterat. Itaque hac opportunitate anuli usus reginae stuprum intulit eaque adiutrice regem dominum interemit, sustulit, quos obstare arbitrabatur, nec in his eum facinoribus quisquam potuit videre. Sic repente anuli beneficio rex exortus est Lydiae. Hunc igitur ipsum anulum si habeat sapiens, nihilo plus sibi licere putet peccare, quam si non haberet; honesta enim bonis viris, non occulta quaeruntur. Atque hoc loco philosoplis quidam, minime mali illi quidem, sed non satis acuti, fictam et commenticiam fabulam prolatam dicunt a Platone; quasi vero ille aut factum id esse aut fieri potuisse defendat! Ilaec est vis huius anuli et huius exempli: si nemo sciturus, nemo ne suspicaturus quidemn sit, curn aliquid divitiarum, potentiae, dominationis, libidinis causa feceris, si id dis hominibusque futurum sit semper ignotuml, sisne facturus. Negant id fieri posse. Nequaquam potest id quidem; sed quaero, quod negant posse, id si posset, quidnam facerent. Urgent rustice sane; negant enim posse et in eo perstant; hoc verbum quid valeat, non vident. Cum enim quaerimus, si celare possint, quid facturi sint, non quaerimus, possintne celare, sed tamquam tormenta quaedam adhibemus, ut, si responderint se impunitate proposita facturos, quod expediat, facinorosos se esse fateantur, si negent, omnia turpia per se ipsa fugienda esse concedant. Sed iam ad propositum revertamur. Incidunt multae saepe causae, quae conturbent animos utilitatis specie, non, cum hoc deliberetur, relinquendane sit honestas propter utilitatis magnitudinem (nam id quidem improbum est), sed illud, possitne id, quod utile videatur, fieri non turpiter. Vd. su questi paragrafi ciceroniani si vd. A. R. Dyck, A commentary on Cicero de officiis (Ann Arbor 1996) 541. Sulla nozione ciceroniana nel de officiis della lex naturae, si vd., con posizioni non coincidenti, R. Fiori, Bonus vir , 270 ss. e Idem, Ius gentium, in Scritti in onore di A. Corbino, 3, (Tricase 2016), 110 ss.; G. Falcone, Il rapporto ius gentium - ius civile e la societas vitae in Cic., off. 3.69-70, in AUPA LVI (2013), 259 ss.

[23] R. Fiori, Bonus vir , 118 ss.;

[24] D. Nörr, Die 'fides' im römischen Volkerrecht (Heidelberg 1991).

proprio *honos* in rapporto anche a quello dell'altro, determinandosi così un modello attributivo (rectius distributivo) teso a determinare un collegamento tra *iustitia* e *honestas* che contribuisce a chiarire il senso che bisogna accordare al *ius suum cuique tribuendi* ulpianeo.

2. *Per una critica attraverso il diritto romano dell'utopia moderna del «diritto puro».* – Hans Kelsen, nel 1934, nello sforzo di chiarire il contenuto della sua teoria pura del diritto, scelse come modello antitetico a quello da lui propugnato proprio il diritto romano. La scelta del diritto romano come esempio di un diritto «impuro» potrebbe essere stata caratterizzata sia dalla grande autorevolezza che esso aveva avuto nell'ottocento tedesco, sia dalle critiche più o meno espresse che al diritto tedesco liberale erano state fatte in termini di diritto romano borghese. Per Kelsen il diritto romano era condizionato da una prospettiva di riconoscimento dei diritti al soggetto rappresentativa di una trama individualistica di attribuzione di posizioni giuridiche soggettive in base a valori non esclusivamente giuridici, ma anche morali e politici. L'intreccio inestricabile tra diritto, morale e politica che i criteri attributivi al soggetto che il diritto romano aveva consegnato alla tradizione giuridica successiva attraverso la codificazione giustinianea ne aveva anche determinato la inconsapevole acquisizione nella scienza giuridica moderna quale forma di ratio scripta. Questa struttura nascosta del diritto romano e della tradizione giuridica su di esso fondata sarebbe stata per Kelsen la conseguenza quasi inevitabile della natura giurisprudenziale del materiale giuridico poi codificato da Giustiniano, nel quale la prassi dei *responsa* dei giuristi dell'età classica era orientata essenzialmente ad attribuire o negare alla parte richiedente una tutela in via di azione processuale. Il meccanismo esclusivo di riconoscimento o di disconoscimento dell'azione giudiziale al privato rendeva impossibile quella necessaria (a detta di Kelsen) ripulitura della norma giuridica di attribuzione dai profili etici e politici propri della società di cui era espressione. Al contrario, invece, nella *reine Rechtslehre* dallo stesso autore propugnata, la virtù di realizzare, nella sua purezza ed astrazione, un contenuto oggettivo ed universale, liberato così da qualsiasi giudizio di valore di tipo etico e politico (in una prospettiva moderna), era resa possibile dalla analisi strutturale del diritto positivo[25]: la definitiva realizzazione di una *Isolierung* del diritto quale espressione di una sua presunta purezza da altre forme sociali quali la politica e l'etica.

La critica kelseniana al diritto romano (tra le più dure e se vogliamo anche tra le più incisive nella recente storia del pensiero giuridico, data anche la fortuna del pensiero kelseniano nel XX secolo) non è esente però – se contestualizzata storicamente – da critica. In primo luogo, essa è condizionata da una unilaterale percezione del contenuto che l'età contemporanea avrebbe ereditato dal diritto romano. La critica, a saperne cogliere la profonda storicità, non è, infatti, diretta tanto al diritto romano come esperienza storica, ma al diritto romano quale sostrato di contenuto utilizzato poi nella reinterpretazione pandettistica in funzione di struttura concettuale e sistematica acconcia alla nuova società liberale europea. Il peccato originale che Kelsen contesta al diritto romano (e che avrebbe impedito inesorabilmente al diritto romano di separarsi dai contenuti politici, etici e sociali) si sarebbe riflesso in maniera inevitabile anche sul diritto del XIX secolo. La contrapposizione kelseniana andrebbe, quindi, pesata e considerata per quello che è, cioè una contrapposizione tra

[25] H. Kelsen, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (Leipzig- Wien, 1934) (rist. 1° ed. Aalen, 1985), [§ 26: sul carattere universalistico della teoria pura del diritto, 55 ss.]: p. 60: "Indem die Reine Rechtlehre das sogenannte subjektive Recht in allen seinen Erscheinungsformen: Berechtigung, Rechtspflicht, Rechtssubjekt, als vom objektiven Recht verschiedene Wesenheit auflöst und nur als besondere Gestaltung oder personifikative Darstellung des objektiven Rechts begreift, hebt sie jene subjektivistische Einstellung zum Recht auf, in deren Dienst der Begriff des Rechts im subjektiven Sinne steht: jene advocatorische Auffassung, die das Recht nur unter dem Gesichtspunkt des Parteiinteresses, das heißt im Hinblick darauf betrachtet, was es für den Einzelnen bedeutet inwiefern es ihm nützt, das heißt seinen Interessen dient, oder schadet, das heißt ihm mit einem Übel droht. Es ist die spezifische Haltung der römischen Jurisprudenz, die, in wesentlichen aus der gutachtlichen Praxis respondierender Rechtsanwälte hervorgegangen, zugleich mit dem römischen Recht rezipiert wurde. Die Haltung der Reinen-Rechtslehre ist dagegen eine durchaus objektivistisch-universalistische. Sie geht grundsätzlich auf das Ganze des Rechts und sucht jedes Einzelphänomen nur im systematischen Zusammenhang mit allen anderen, in jeden Rechtsteil, die Funktion des Rechtsganzen zu erfassen." […] p.61: "Die Rechtstheorie wird so zu einer von allem ethisch-politischen Werturteil befreiten, möglichst exakten Strukturanalyse des positiven Rechts".

teoria pura del diritto e sistema pandettistico, per una affermazione delle prospettive normative ed oggettivistiche, su quelle volontaristiche e individualistiche della scuola pandettistica. Ciò, come è stato già esattamente evidenziato in altro contesto storico, rispetto alla critica nazionalsocialista al diritto romano, rischia di confondere quest'ultimo con una sua re-interpretazione, suscettibile a sua volta di una specifica contestualizzazione storica[26]. D'altronde, in secondo luogo, è espressione di pensiero utopico immaginare che un prodotto dell'uomo possa esprimersi senza una sua precisa validità di contenuti propri dell'epoca in cui esso è espresso. La concezione formale e positivistica del diritto è a sua volta espressione di una visione politica ed etica che è funzionale (anche se vestita del manto dell'oggettiva purezza) alla costruzione (o meglio alla de-strutturazione) di un tipo di società umana. La ipotizzata natura 'avaloriale' del diritto puro è, infatti, funzionale, nell'Europa della prima metà del '900, a realizzare una saldatura tra il superamento del ruolo dello stato come strumento di mediazione tra le classi sociali in conflitto e una sua ipotetica terzietà, la quale non esprimerebbe un potere ed un diritto di parte, favorevole alla classe dominante e che i contenuti del diritto positivo non siano in realtà scelte operate consapevolmente in chiave di politica del diritto, ma semplicemente diritto validamente posto in base alla norma di validità presupposta.

La critica di Kelsen, al di là poi delle ricadute che la teoria pura ha avuto sull'attuale concezione generale del diritto (in contrasto con quella romana)[27], è paradigmatica di un tipo di giudizio sul diritto romano che ne impedisce la valorizzazione come fondamento critico del diritto attuale (non solo europeo). Al contrario, il diritto romano, se correttamente inteso nei suoi contenuti concettuali (innervati nel contesto storico di loro emersione, che è compito della scienza giuridica e storica che lo studia cogliere), è un formidabile strumento di critica delle categorie giuridiche attuali e delle loro pregiudiziali ideologiche. Proprio queste ultime spesso incidono sui contenuti del diritto del XX e XXI secolo con una tale forza da impedirne il riconoscimento, quasi si tratti di categorie imperiture e fuori dalla storia. Si pensi al contratto come accordo, quale privilegiata forma di negozialità o alla proprietà privata quale preponderante forma di appartenenza nella società capitalistica. Da questo punto di vista, e tenendo in conto il tema che qui si sta esaminando, l'isolamento tra diritto e morale (nella prospettiva post-kantiana) risulta funzionale nei secoli XIX e XX al superamento dei limiti nell'uso delle risorse che gli spazi della libera iniziativa, pur in chiave di immoralità, possono percorrere in chiave di formale legittimità. Ciò vale (a titolo di meri esempi) sia per l'illimitato uso del ricorso agli interessi pecuniari quale reddito del capitale, sia all'illimitato sfruttamento delle risorse naturali per la crescita della produzione industriale funzionale ai consumi indotti.

La posizione proposta da Kelsen, al di là della sua correttezza metodologica in rapporto alla ricerca utopica di una presunta 'purezza' del giuridico, assume quasi un valore paradigmatico ai fini di una concezione del diritto che sembra porsi come momento scientifico valoriale che fa da contrappunto, quasi, negli stessi decenni, alla riflessione romanistica su alcune caratteristiche di fondo del diritto romano nella sua esperienza storica. In particolare, la *Isolierung* proposta da Kelsen potrebbe determinare un effetto distorsivo, qualora la si assumesse come valore di scientificità, condizionando indirettamente l'idea di ponderare l'esistenza di tale «isolamento» nel diritto romano.

Fritz Schulz, professore di diritto romano dal 1909, costretto a fuggire nel 1939 prima in Olanda e poi in Gran Bretagna in ragione delle leggi razziali e delle pesecuzioni, nei suoi «principi», corso di lezione per gli studenti pubblicato nel 1934[28], evidenzia come proprio la

[26] F. De Martino, Individualismo e diritto privato romano, in Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, 16, 1941, 1-51 (cito da riedizione, Torino, 1999).

[27] Sul punto si vd. F. Gallo, Celso e Kelsen

[28] F. Schulz, Prinzipien des römischen Rechts (Berlin 1934), 13 ss. Sul problema, con discussione della bibliografia sul punto, si vd. ora F. Nasti, Pensiero giuridico romano e tradizione europea nei 'Prinzipien' di Fritz Schulz, in Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie, a cura di P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti, A. Schiavone (Torino 2019), 225 ss. A. Mantello, Un'etica per il giurista? Profili d'interpretazione giurisprudenziale nel primo principato, in Nozione formazione interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne, Ricerche dedicate al Professore Filippo Gallo (Napoli, 1997), I, 573 ss, in particolare 573-576, ha sottolineato aspetti di

Isolierung tra diritto e religione o tra diritto e morale sarebbe stata uno dei principi cardine del diritto elaborato dai giuristi romani, isolamento del momento giuridico dalle riflessioni etiche, religiose o dalla complessa trama sociale che avrebbe reso il diritto romano resistente al tempo proprio perché non condizionato dai valori che mano a mano venivano a mutare nella società antica. Al riguardo va precisato che quanto emerge dalla tesi di Schulz non è soltanto la convinzione che il diritto europeo del Novecento avrebbe ereditato dalla tradizione romana dei contenuti propri e diversi rispetto ai precetti morali o alle ideologie politiche e ai modelli sociali della cultura romana, in sostanza una specificità del diritto, particolarmente utile ai fini del governo e della realizzazione pacifica di rapporti interrelazionali all'interno di una società anche complessa. Per Schulz, infatti, è centrale l'idea che il giuridico, per assumere una veste propria rispetto a contenuti che vengono attratti in altre sfere di relazione connesse alla morale o alla politica o alla economia, abbisogna di isolarsi da queste ultime per assumere una sua specifica autonomia, ed il primo 'isolamento' andrebbe riconosciuto senz'altro grazie alle capacità di divisione realizzate dall'operato della scienza giuridica romana. È quella particolarissima specializzazione del sapere giuridico a Roma (con l'importanza ed il ruolo dei giuristi) ad evidenziare come il lascito più importante per la contemporaneità giuridica non sia da ricercarsi tanto nei contenuti specifici, dal confronto dei quali spesso emerge una forte varianza di prospettive, quanto dalla stessa inconsapevole e scontata acquisizione (storicamente una vera conquista) del ragionare giuridico, attraverso una trama concettuale che, attraverso forme di astrazione dal concreto socio-economico e politico, operano in chiave di pacificazione o comunque di appianamento pacifico di contese attraverso il processo. Ciò però, a ben vedere, non significa isolamento del giuridico dalle istanze sociali, economiche e politiche, ma una sua tendenziale pervasività anche in questi àmbiti di relazione. Se lo si intendesse, invece, quale isolamento di contenui precettivi inconciliabili, si avrebbe il grave effetto distorsivo di precludere all'interprete storico la comprensione di contenuti fondamentali del diritto romano e delle loro ricadute nel quadro della società antica, soltanto perché, per noi sarebbero propri di sfere pre-giuridiche o non giuridiche dei rapporti interrelazionali[29].

Da questo punto di vista, la scienza giuridica post-kelseniana in generale e quella romanistica post-schulziana in particolare hanno posto in evidenza che 1) in realtà, l'isolamento, almeno nei termini kelseniani non esiste, e lo stesso orientamento verso la purezza dei contenuti del diritto positivo è un'opzione politico-ideologica con ricadute significative non soltanto sul significato del diritto, ma anche sul ruolo dello Stato come sua fonte privilegiata[30]; 2) potrebbero essere anche emerse dottrine nel sapere filosofico (media Stoa) che sembrano agli occhi contemporanei aver realizzato una possibile distinzione, ma in realtà ciò non implica necessariamente la consapevolezza dell'isolamento così realizzato ed in ogni caso ciò nulla dice sul

---

dipendenza della Isolierung di Schulz dal Geist di Rudolf von Jhering, sebbene il contesto ideologico jheringhiano sia diverso.

[29] A scanso di equivoci, con ciò non intendo dire che non possano essere utilizzate categorie concettuali estranee ai contesti storici esaminati, ma quando ciò accade sono convinto sia essenziale averne una adeguata padronanza di significato e del loro condizionamento ideologico, al fine di evitare che il loro uso possa avere (anche se ciò possa non essere un effetto ineluttabile del loro uso) effetti distorsivi sulla comprensione del contesto storico studiato. Le categorie concettuali contemporanee del «pre-giuridico» e del «non-giuridico» risentono particolarmente di questo possibile rischio, in connessione alla forte compressione dei contenuti del giuridico novecentesco nelle maglie del formalismo e del positivismo.

[30] È d'obbligo il richiamo alla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di S. Romano, Ordinamento giuridico (Firenze 1946[2]). Già nella prima edizione del 1918, col titolo L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto, Pisa, 1918, alla nt. 1 dell'opera, Santi Romano si confronta con quanto Hans Kelsen (a trent'anni di età) aveva sostenuto nella sua opera, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze (Tübingen 1911) (per ulteriori momenti di confronto tra Santi Romano e Kelsen si vd. p. 40 n.34; 75 n.64; p.78 e n.68; p.91 n.72; 119 n. 95bis [aggiunta nella riedizione del 1946]). Si veda sui presupposti ideologici di tale impostazione anche N. Bobbio, Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant (Torino 1969). Nella dottrina romanistica, per la necessità di un superamento della teoria della Isolierung del diritto dalla religione e dalla morale, si vd. P. Catalano, Diritto e persone I (Torino 1990), VIII-IX; Idem, Religione morale e diritto nella prospettiva dello ius Romanum, in RomAm 1 (1996), 3 ss. Per una critica della concezione kelseniana attraverso il diritto romano, esemplare è il libro di F. Gallo, Celso e Kelsen

suo eventuale influsso sul pensiero dei giuristi romani[31]; 3) il rapporto tra diritto e morale non rifletterebbe nell'atichità in nessun caso la prospettiva contemporanea, in quanto nella società romana, nella quale l'elemento della comunità prevale su quello dell'individuo, il diritto avrebbe una forza di pervasività totalizzante che ne impedirebbe anche la sola possibilità di immaginare una distinzione tra diritto e morale nei termini moderni[32].

In entrambe le diverse linee interpretative, ci si accorge che in ogni caso la tesi di Kelsen (anche nella differente declinazione di Schulz) non è accolta nel suo originario tenore rispetto ai conenuti giuridici del diritto romano. D'altronde, la maggiore attenzione alla questione trova sul versante dei testi giuridici a noi pervenuti della grande cultura giuridica romana una sua significativa rilevanza, in quanto è presente nel discorso dei giuristi romani un ampio riferimento a concetti quali *bonum, aequum, iustum, verum, fides, bona fides*. Qui, le preoccupazioni di Jellinek[33], relative al problema dei «concetti giuridici indeterminati» nel diritto legislativo statuale non sembrano portare chiarimento, in quanto il discorso dei giuristi romani (poi conlfluito nel contenuto normativo della codificazione giustinianea) è un discorso tecnico all'interno di un dialogo limitato ad un ceto omogeneo (quello appunto dei giuristi), la cui precettività assume il valore di guida della società alla quale è destinato, e ciò avviene nell'età classica in chiave subitanea di responso e di sua

[31] Vd. quanto dice a mo' di conclusione, ma a mio modo di vedere significativamente, A. Mantello, Un'etica del giurista ,582-584: «A parte il passaggio terminologico da ius a 'diritto' ([…]), è decisivo intanto che termini come moralis o ethicus non facessero parte del vocabolario giurisprudenziale romano e che anche negli altri settori culturali non fossero correnti sostantivizzazioni tipo '(la) morale' o 'l'etica'. Prevaleva la forma aggetivale, mentre quella sostantivale si realizzava attraverso il neutro plurale della forma aggetivale e solo raramente attraverso il 'grecizzato' ethice. […] In secondo luogo, tali impegi postulavano valenze rappresentative abbastanza diverse da quelle proprie delle successive sostantivizzazioni '(la) morale' e '(l')etica'. […] si potrebbe prendere le mosse da Cicerone per individuare addirittura la genesi nel modno occidentale dell'impego di moralis come aggettivo qualificante una parte della filosofia, secondo un significato che di massima persiste ancora nelle moderne sostantivizzazioni e, in particolare, in quella di 'etica' (ove intese come 'scienza della condotta'): … quia pertinet ad mores, quod ἦθος illi vocant, nos eam partem pholosophiae de moribus appellare solemus, sed decet augentem linguam Latinam nominare moralem. È sufficiente però arrivare già alla testimonianza di Seneca figlio per trovar conferma alla circostanza che l'aggettivo moralis tendesse a caratterizzare la suddetta parte della filosofia , ma anche il suo oggetto, con riferimento presso che esclusivo al momento pratico, del realizzarsi del comportamento, piuttosto che a quello strettamente 'interiore' e 'spirituale', cui invece ci riferiamo oggi con i sostantivi 'etica' e soprattutto 'morale' (nella corrente accezione di 'condotta giustificata dall'interiorità della coscienza,dal foro interno)». Mi sembra che tale conclusione, aderente alla lettura delle fonti esaminate da Mantello possa però creare una aporia con quanto lo stesso studioso (ma a mo' solo di ipotesi interpretativa, poi, in realtà smentita dall'analisi esegetica operata dallo stesso) afferma in relazione alla distinzione tra coscienza della speratezza e sua teorizzazione (p.581 e 582). Punto quest'ultimo che è stato sottoposto a critica da R. Fiori, Bonus vir , 181 ss., (192-195), il quale è orientato con più nettezza verso una lettura 'totalizzante' del giuridico nella prospettiva romana, non suscettibile di essere compreso con gli occhiali della distinzione contemporanea tra diritto e morale. Sul punto ora vd. G. Falcone, A proposito di Paul. 29 ad ed. – D. 13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare). Con una appendice in tema di alterità tra morale e diritto, in AA.VV., Giuristi romani e storiografia moderna: dalla palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani, a cura di A. Schiavone, (Torino 2017), 184 ss., il quale ritiene che in relazione agli officia (ed in particolare dalla lettura del testo di Paolo; sul mio puntodi vista si veda prossimo §) in termini di 'doveri morali' le fonti romane da Cicerone in poi considerano 'moralis' «la philosophia che si occupa dei mores, vale a dire dei comportamenti in quanto obiettivizzazione esterne di virtutes e cioè di predisposizioni e sollecitazioni interiori». In particolare, lo studioso siciliano fonda tale convinzione della distinzione partendo dalle sue importanti riflessioni sulla qualifica di obligatio quale vinculum iuris (I. 3.13 pr.) in contrapposizione a quanto si precisa nelle Istituzioni imperiali (I.2.23.1) riguardo all'introduzione della tutela per i fedecommessi (quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur). Per il mio punto di vista si vedano le mie considerazioni nel corso del contributo. In questo contesto basti rilevare che se da un lato è certo che l'azionabilità giudiziale sia stato un dato reale dell'esperienza giuridica ben chiaro nel pensiero romano e daun certo momento in poi della sua storia un segno importante del grado di intensitaà della tutela nel giuridico (appunto giungendo a qualificarsi nell'àmbito dei rapporti rientranti nello schema della obbligazione come vinculum iuris), da'ltro lato ciò non può essere portato all'estreme conseguenze di un giudizio di esclusività del giuridico nell'àmbito della sola azionabilità. Ciò per altro proprio nell'età dei giuristi severiani sembra portare ad nuovi possibili paradigmi della doverosità nel ius , riconosciuti appunto anche laddove azione non v'era (ma se ne vedevano altri importanti effetti sul piano del ius).

[32] P. Catalano, Religione morale e diritto nella prospettiva dello ius Romanum, in RomAm 1 (1996), 3 ss.; R. Fiori, Bonus vir , 141-195.

[33] W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung (Tübingen 1913), 37 ss.

trasposizione nel testo scritto dell'opera del giurista e non quale fissità normativa utopisticamente imperitura (come accade nelle leggi e nei codici). Tale ultima declinazione di significato verrà data al materiale contenuto nelle opere dei giuristi dall'imperatore Giustiniano, il quale diede alla *interpretatio prudentium* classica selezionata nella codificazione quella di essere legge imperiale (cd. *permutatio legum* giustinianea). Di qui è chiaro che molti di questi termini, presenti nelle opere dei giuristi classici poi confluite nel Digesto e nelle Istituzioni, non vengono spiegati, né tantomeno definiti, ma sono nel loro significato profondo pienamenti compresi dai contemporanei che ne dibattevono, lasciando a noi l'enorma difficoltà di coglierne la complessità di contenuto rispetto al momento giuridico, retorico, filosofico, etico e religioso. Ciò comporta, per lo studioso del diritto romano, un approccio necessariamente destrutturante delle aree nelle quali tale intessitura del discorso è al centro della riflessione giurisprudenziale romana, in quanto è necessario tenere in conto di quella forte penetrazione del giuridico nella cultura romana sopra richiamata, come dato caratterizzante il problema toccato da questo intervento.

3. '*Officium' ed 'obligatio' tra pensiero degli antichi (Cicerone e Seneca) e pensiero dei moderni (Kant)*. – Come ha avuto modo di cogliere con una serie di studi particolarmente ispirati Filippo Gallo, la definizione del giurista Celso di un *ius* quale *ars boni et aequi* rifletterebbe l'immagine di una realtà dinamica che non coglie la caratteristica fondamentale del diritto né nella struttura formale della 'norma', come nella concezione kelseniana, né nel semplice precipitato di un'attività sapienziale. Essa realizza, al contrario, una saldatura nella nozione di *ius* tra la struttura (*ars-tèchne* e non *scientia-epistème*) e il suo contenuto di valore potenziale (*bonum et aequum*). Non è casuale che la comprensione del significato profondo della definizione romana contenuta in Cels.-Ulp.-Iust. *1 inst*. D. 1, 1, 1 pr. (*ius est ars boni et aequi*), quale definizione del 'diritto' – e non della 'scienza giuridica' – sia divenuto un problema interpretativo dagli inizi del '900[34], all'interno

[34] Già la scienza giuridica dei Glossatori venne, in particolare, attratta dal rapporto di derivazione che Ulpiano ipotizza tra iustitia e ius, intepretando la dottrina ulpianea in termini logico-concettuali (paragonandolo a quello tra obligatio e actio, dove la prima sarebbe la mater actionis), e giungendo così a concludere che se il diritto è ars boni et aequi, in quanto successivo alla giustizia, che ne è mater, necessariamente anche la giustizia che lo presuppone non può essere che essa stessa aequitas et bonitas (Accursii gl. Iustitia in D. 1.1.1 pr., de iust et iure, l. iuri operam: «est autem ius a iustitia sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius, sed contra infra eo lex iustitia. ibi ius suum etc. ex quo colligitur quod statim fuit ius, postquam fuit iustitia: sed dicit ibi, ius suum in hominis meritum. Vel dic puta in actione et obligatione, bene dico ius a iustitia appellari. si nunc ius est ars boni et aequi, ut subiicit, et iustitia nihil aliud est, quam ipsa aequitas et bonitas: ergo iustitiam habet matrem: et hoc subiicit, nam etc sic et obligatio dicitur mater actionis: ut infra de proc. l. licet. § ea obligatio. … 'Sacerdotes' quia ut sacerdotes sacra ministrant et conficiunt: ita et nos, cum leges sint sacratissimae. ut C. de legi et consti. l. leges. et ut ius suum cuique tribuit sacerdos in danda poenitentia, sic et nos in iudicando ut infra eodem l. iustitia. 'Colimus' id est eius voluntatem servamus, quae est ius ut ius suum cuique tribuatur, ut infra eod. l. iustitia. § 1.»). Come è stato autorevolmente affermato in dottrina, con ciò non si realizzava soltanto «un modo di esprimere allegoricamente un rapporto causale che legava due realtà: era altresì un espediente per figurar nell'una l'oggetto cui l'altra si volgeva, anzi il suo stesso contenuto»; E. Cortese, La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico (Milano 1964), 24 ss. (le parole citate sono da p.25), capitolo del libro che era già apparso quale pubblicazione autonoma in Annali di storia del diritto, 3-4, 1959-1960, 119 ss. Come è stato sottolineato, si tratta di una differenza importante tra pensiero medievale e pensiero giuridico della modernità; P. Grossi, Mitologie giuridiche della modernità (Milano 2001), 15 ss.

Per ulteriori approfondimenti dei condizionamenti ideologici del rapporto tra iustitia e diritto nella storia medievale e moderna, si vd. anche D. Quaglioni, La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna (Bologna 2004) e P. Prodi, Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto (Bologna 2014).

Ancora Grotius, pur non fondando la sua tesi sulla definizione del giurista romano, teneva a precisare, in rapporto al titolo della sua opera ed all'uso in essa del termine ius in singnificato oggettivo: «de iure belli cum inscribimus hanc tractationem, primum hoc ipsum intelligimus quod dictum iam est, sitne bellum aliquod iustum, & deinde quid in bello iustum sit. Nam ius hic nihil aliud quam quod iustum est significat: idque negante magis sensu quam aiente, ut ius sit quod iniustum non est. Est autem iniustum quod naturae societatis ratione utentium repugnat.»; Hugonis Grotii De iure belli ac pacis (ed. Parisiis 1625), 3 (sul significato soggettivo, invece, Grozio precisa che: «Ab hac significatione diversa est altera, sed ab hac ipsa veniens, quae ad personam refertur; quo sensu ius est Qualitas oralis personae competens ad aliquid iuste habendum vel agendum… Qualitas autem moralis perfecta, facultas nobis dicitur», p.4).

di una cultura giuridica sempre più condizionata dalla concezione positivistica e normativistica del diritto. A conferma, però, che quella di Celso, ripresa poi da Ulpiano, sia al contrario una definizione del diritto, sta il dato che emerge dallo stesso contesto nel quale Ulpiano ricorda la definizione celsina di *ius*. Il giurista severiano, infatti, collega ad essa una definizione proprio della *iurisprudentia* (D. 1, 1, 1, 1: *Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniqui separantes, licitum ab illicito discernentes...*)[35]. Il *ius* di Celso quale *ars boni et aequi* non sembra distinguere tra diritto, società e morale, ma al contrario esprimere una loro compenetrazione (in una prospettiva moderna), nella quale il momento del contenuto del diritto palesa idee di valore che assumono in un certo momento storico il senso condiviso (da tutta la società o da una parte elitaria di essa, ma nella quale tutti i consociati alla fine si riconoscono o che non hanno la forza di rifiutare) di una struttura dinamica tesa al raggiungimento di uno scopo attraverso il diritto. È un'idea che pervade l'intera rilettura giurisprudenziale degli scopi migliorativi che si riconoscono alla giurisprudenza (Pomp. Ench. D. 1, 2, 2,… *in melius produci*) e all'editto del pretore romano, dove *bonum et aequum* ricorrono con forza e ripetutamente nelle *laudationes edicti* dei giuristi[36]. Si ha una caratterizzazione che centra il diritto - nella prospettiva dei giuristi romani – non sulla 'forma' e sulla sua 'validità formale', come veicolo di caratterizzazione del giuridico, ma sul 'contenuto sostanziale' come elemento caratterizzante il *ius*.

Il dato ha riscontro anche riguardo altri veicoli linguistici di contenuto giuridico-morale come la *fides,* la quale non sembra determinare nella società della Roma arcaica dubbi sul significato che ad essa i consociati riconoscevano (vuoi perché realmente condivisa, vuoi perché pur espressa dal patriziato, essa era accettata dalla plebe), ed alla sua espansione alla *nobilitas* patrizio-plebea prima, e poi ai non romani con la necessaria qualifica di *bona*. Ciò valga anche per il veicolo linguistico rappresentato dal *vir bonus* e del *bene agi* presente espressamente nella formula dell'*actio fiduciae* e fondativo dei significati che poi verranno attratti nel criterio della *bona fides*[37].

In un noto passo ciceroniano (Cic. *de off.* 3.16.64-66)[38], nel contesto del problema del rapporto dell'utile con l'onesto, per chiarire chi sia un *vir bonus* e che cosa significhi *bene agi*, si

[35] Su Ulp. 1 inst. D. 1, 1, 1,1 ed il suo confronto con la diversa concezione della iurisprudentia rappresentata in Ulp. 1 reg. D. 1, 1, 10, 2, dove la prudentia iuris assume una connotazione più statica (Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.), paragonabile ad una vera scuola filosofica alla pari delle grandi scuole filosofiche ellenistiche, il dibattito nella scienza romanstica è ancora fortemente vivo; si veda da ultimi, M. J. Schermaier, Ulpian als 'wahrer Philosoph'. Notizien zum Selbstverständnis eines römischen Juristen, in Ars boni et aequi. Festschrift Waldstein (Stuttgart 1993), 303 ss., in particolare, 317 ss.; D. Dalla, 'Scientia' e 'notitia' nella definizione di 'iuris prudentia' (D. 1, 1, 10, 2), in Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate a F. Gallo (Napoli 1997), I, 157 ss.; G. Falcone, La 'vera philosophia' dei 'sacerdotes iuris'. Sulla raffigurazione ulpianea dei giuristi (D. 1. 1. 1. 1), in AUPA. XLIX (2004), 78 ss.; A. Schiavone, Ius. L'invenzione del diritto in Occidente, 369-370; F. Gallo, Fondamenti romanistici del diritto europeo: a proposito del ruolo della scienza giuridica, in Tradizione romanistica e Costituzione , 1949 ss., in particolare 1954 ss.; G. Falcone, Ius suum cuique tribuere , 133-176; L. Maganzani, Diritto e 'simulata philosophia' nelle Istituzioni d Ulpiano, in Erga-Logoi, 8 (2020), 55 ss.

[36] L'aequitas romana (più eguaglianza proporzionale che equità canonica) impone di riconsiderare l'idea dell'eguale in un contesto giuridico di sostanziale diseguaglianza, liberandosi dall'occhiale dell'egalitarismo in un contesto giuridico di formale eguaglianza. Sul tema, per un riferimento dove anche altra ampia bibliografia: AA.VV., Aequitas. Giornate in memoria di Paolo Silli, a cura di G. Santucci (Padova, 2006); L. Solidoro Maruotti, Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas. Lezioni (Torino 2013); D. Mantovani, L'aequitas romana: una nozione in cerca di equilibrio, in Antiquorum philosophia 11 (2017), 27-55.

[37] Per il mio punto di vista, «Bona fides» tra storia e sistema (Torino, 2014[3]), 57 ss.

[38] Cic. de officiis 3.6.64-66: … Numquam igitur est utile peccare, quia semper est turpe, et, quia semper est honestum virum bonum esse, semper est utile. [65] Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicdquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. [66] Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque

menziona come condotta propria di un uomo onesto e per bene, quella di non celare quanto si conosce al fine arrecare un danno ad altri. La 'trasparenza' nell'agire rientrerebbe cioè nell'ufficio proprio del *vir bonus*, che a sua volta, proprio grazie alla *bona fides* che alimenta l'*oportere* sorto dall'*emptio venditio,* è attirato nel contenuto della obbligazione del venditore in caso di conclusione di un contratto di compravendita[39].

Va sottolineato che questa saldatura della precettività del comportamento con un ampio dovere di correttezza morale e giuridico insieme (proprio dell'*officium* del *vir bonus* e riversato nel contenuto dell'*oportere ex fide bona* del venditore), è declinato in concreto nella condotta di non celare ciò di cui si sia a conoscenza, se ciò può ledere gli interessi dell'altro contraente (in concreto nel caso esaminato da Catone padre dell'Uticense, del compratore). Questo salto è rivendicato da Cicerone espressamente come il risultato della *interpretatio* costitutiva dei giuristi romani ('*poena a iurisconsultis constituta*'; Cic., *de off*. 3. 6. 65) in termini di *poena reticentiae*.

Officium viri boni ed *oportere ex fide bona* nel discorso di Cicerone si intersecano senza confondersi, né debbono rileggersi in chiave di successione evolutiva dalla morale al diritto, dimostrandosi però la consapevole differenza da essi evocata, differenza che non si realizza sul piano della diversità di contenuto della condotta (in entrambi i casi celare quanto si sa per perseguire una proprio vantaggio), ma sul piano della responsabilità conseguente, che nel caso del *vir bonus* implica inofficiosità del compiuto perché chi cela si allontana dal principio direttivo che deve guidare i suoi comportamenti, mentre per il venditore significa soggezione all'*actio ex empto* esercitata dal compratore.

Officium e *obligatio* qui non esprimono, quindi, doveri distinti sul piano dell'ordine, morale (il primo) e giuridico (la seconda), in quanto entrambi comparabili quali strutture di doverosità relazionali che assumono intensità diverse di tutela, ma possono attrarre identici contenuti comportamentali[40]. Qui non si ha l'impressione, per intenderci, come nel concetto fondante dell'autonomia e della libertà della scelta che esprime la caratteristica propria del dovere etico a

---

Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus) is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere.

[39] Mi sono occupato della fonte sia in relazione al ricorrere della costruzione praestari oportere in L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (Milano 1995), 157 ss.; sia rispetto alla concretizzazione del principio di bona fides in essa testimoniata: La «buona fede» come principio di diritto dei contratti. Diritto romano e America Latina, in AA.VV., Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, a cura di L. Garofalo, IV, (Padova 2003), I, 283-369, in particolare 330-332 [=«Bona fides» tra storia e sistema, , 77 ss.]. Sulla testimonianza, si vd. ora anche M. Talamanca, La 'bona fides' nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento, in AA.VV., Il ruolo della buona fede oggettiva , IV, 1-312, in particolare 136-139; L. Solidoro, Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali (Napoli, 2007), 61-62; R. Fiori, Bonus vir , 318 ss.

[40] Per una diversa interpretazione del rapporto tra officium e obligatio quali esprimenti la distiznione tra morale e diritto, si vd. G. Falcone, A proposito di Paul. 29 ad ed. – D. 13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare). Con una appendice , 189ss, il quale la fonda soprattutto sul riconoscimento dell'azionabilità, e a p. 206 (appendice) in base ad un luogo del de ira di Seneca ritiene altresì che «la consapevolezza di una netta alterità tra sfera giuridica e sfera morale degli officia» sarebbe provata « anche dal punto di vista della 'fonte della doverosità». Mi sembra però, che il contrappunto ivi realizzato tra regula officiorum e regula iuris non possa essere stressato eccessivamente in chiave di netta distinzione, come a mio modo di vedere dimostra la stessa concreta esemplificazione che Seneca vi ricollega (Quam multa pietas humanitas liberalitas iustitia fides exigunt, quae omnia extra publicas tabulas sunt). Per una diversa interpretazione del luogo senechiano si vd. A. Mantello, Un'etica per il giurista , 589, il quale accentua come in «Seneca regula tende ad essere sinonimo di lex (come si argoenta dall'altra sua affermazione: legem dicimus iusti iniustique regulam esse), ma che ambedue i termini tendono a significare in modo piuttosto ambiguo e da un punto di vista squisitamente filosofico sia la 'fonte' del principio direttivo, sia il principio direttivo stesso, sia il fatto o l'atto che dia vita al precetto, sia il precetto stesso. Di modo che tutto appare tradursi in un problema di canoni di vita distinti in base al solito prammatico criterio del cogere, al solo scopo di constatare altrettanto prammaticamente e genericamente il loro differente ambito di applicazione».

differenza di quello giuridico in Immanuel Kant[41], che per il *vir bonus* la scelta tra il dichiarare quanto si sa o essere reticenti sia atto libero ed autonomo, rilevante solo ai fini del suo foro interno e per la sua cattiva condotta, ma al contrario che la reticenza produca comunque effetti negativi nella comunità. Una *divisio* tra due sfere incomunicabili di doveri, etici da un lato e giuridici dall'altro, mi sembra estranea alla prospettiva evidenziata da Cicerone, alla quale la proiezione del modello kantiano di distinzione rischia di essere di impedimento per una sua adeguata comprensione[42].

In un altro testo famoso, questa volta di Seneca, molto studiato[43], il tema degli *officia* si interseca con quello dei *beneficia* e della *voluntas* dell'agente. In un lungo stralcio del terzo libro *de beneficiis* (3.18 1 – 3.22.2)[44] Seneca pone la questione se uno schiavo possa effettivamente dare un

[41] I. Kant, Kritik der praktischen Vernunft, in Kant's Werke, B. V, Kritik der praktischen Vernunft (Berlin 1913), 33: «Die Autonomie des Willens ist das alleinige Princip aller moralischen Gesetze und der ihnen gemäßen Pflichten: alle Heteronomie der Willkür gründet dagegen nicht allein gar keine Verbindlichkeit, sondern ist 10 vielmehr dem Princip derselben und der Sittlichkeit des Willens entgegen. In der Unabhängigkeit nämlich von aller Materie des Gesetzes (nämlich einem begehrten Objecte) und zugleich doch Bestimmung der Willkür durch die bloße allgemeine gesetzgebende Form, deren eine Maxime fähig sein muß, besteht das alleinige Princip der Sittlichkeit. Jene Unabhängigkeit 15 aber ist Freiheit im negativen, diese eigene Gesetzgebung aber59 der reinen und als solche praktischen Vernunft ist Freiheit im positiven Verstande. Also drückt das moralische Gesetz nichts anders aus, als die Autonomie der reinen praktischen Vernunft, d. i. der Freiheit, und diese ist selbst die formale Bedingung aller Maximen, unter der sie allein mit 20 dem obersten praktischen Gesetze zusammenstimmen können. Wenn daher die Materie des Wollens, welche nichts anders als das Object einer Begierde sein kann, die mit dem Gesetz verbunden wird, in das praktische Gesetz als Bedingung der Möglichkeit desselben hineinkommt, so wird daraus Heteronomie der Willkür, nämlich Abhängigkeit vom Naturgesetze, 25 irgend einem Antriebe oder Neigung zu folgen, und der Wille giebt sich nicht selbst das Gesetz, sondern nur die Vorschrift zur vernünftigen Befolgung pathologischer Gesetze; die Maxime aber, die auf solche Weise niemals die allgemein-gesetzgebende Form in sich enthalten kann, stiftet auf diese Weise nicht allein keine Verbindlichkeit, sondern ist selbst dem 30 Princip einer reinen praktischen Vernunft, hiemit also auch der sittlichen Gesinnung entgegen, wenn gleich die Handlung, die daraus entspringt, gesetzmäßig sein sollte.».

[42] Vd. al riguardo, con approfondimenti, quanto emerge nello studio di R. Fiori, Bonus vir, , 147 ss.

[43] Si vd. ad es. le posizioni assunte e la discussione tra A. Mantello, Beneficium servile , 98 ss.; D. Nörr, Ethik und Recht , 270 ss.; G. Falcone, Obligatio est iuris vinculum, Torino, 2003, 75 ss.; 177 ss.; Idem, A proposito di Paul. 29 ad ed. – D. 13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare). Con una appendice , 183 ss.; G. Finazzi, Amicitia e doveri giuridici, in AAA., Homo caput persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano, a cura di A. Corbino, M. Humbert, G. Negri, (Pavia 2010), 633 ss. (beneficia e vinculum iuris, 692-697); R. Fiori, Vir bonus , 180 ss.

[44] Sen. de beneficiis 3.18.1-3.22.2: [18] Quamquam quaeritur a quibusdam, sicut ab Hecatone, an beneficium dare seruus domino possit. Sunt enim, qui ita distinguant, quaedam beneficia esse, quaedam officia, quaedam ministeria; beneficium esse, quod alienus det (alienus est, qui potuit sine reprehensione cessare); officium esse filii, uxoris, earum personarum, quas necessitudo suscitat et ferre opem iubet; ministerium esse serui, quem condicio sua eo loco posuit, ut nihil eorum, quae praestat, inputet superiori. Praeterea seruum qui negat dare aliquando domino beneficium, ignarus est iuris humani; refert enim, cuius animi sit, qui praestat, non cuius status. Nulli praeclusa uirtus est; omnibus patet, omnes admittit, omnes inuitat, et ingenuos et libertinos et seruos et reges et exules; non eligit domum nec censum, nudo homine contenta est. Quid enim erat tuti aduersus repentina, quid animus magnum promitteret sibi, si certam uirtutem fortuna amitteret? Si non dat beneficium seruus domino, nec regi quisquam suo nec duci suo miles; quid enim interest, quali quis teneatur imperio, si summo tenetur? Nam si seruo, quo minus in nomen meriti perueniat, necessitas obstat et patiendi ultima timor, idem istuc obstabit et ei, qui regem habet, et ei, qui ducem, quoniam sub dispari titulo paria in illos licent. Atqui dant regibus suis, dant imperatoribus beneficia: ergo et dominis. Potest seruus iustus esse, potest fortis, potest magni animi: ergo et beneficium dare potest; nam et hoc uirtutis est. Adeo quidem dominis serui beneficia possunt dare, ut ipsos saepe beneficii sui fecerint. [19] Non est dubium, quin seruus beneficium dare possit cuilibet; quare ergo non et domino suo possit? 'Quia non potest - inquit - creditor domini sui fieri, si pecuniam illi dederit. Alioqui cottidie dominum suum obligat: peregrinantem sequitur, aegro ministrat, rus eius labore summo colit; omnia tamen ista, quae alio praestante beneficia dicerentur, praestante seruo ministeria sunt. Beneficium enim id est, quod quis dedit, cum illi liceret et non dare; seruus autem non habet negandi potestatem; ita non praestat, sed paret, nec id se fecisse iactat, quod non facere non potuit.' Iam sub ista ipsa lege uincam et eo perducam seruum, ut in multa liber sit; interim dic mihi, si tibi ostendero aliquem pro salute domini sui sine respectu sui dimicantem et confossum uolneribus reliquias tamen sanguinis ab ipsis uitalibus fundentem et, ut ille effugiendi tempus habeat, moram sua morte quaerentem, hunc tu negabis beneficium dedisse, quia seruus est? Si tibi ostendero aliquem, ut secreta domini prodat, nulla tyranni pollicitatione corruptum,

'beneficio' a favore del suo padrone. Seneca sviluppa contenuti presenti nella tradizione della media stoà, forse già maturati nel *de officio* di Ecatone di Rodi (opera dedicata al giurista Quinto Tuberone a sua volta allievo come Ecatone di Panezio; Cic. *de off.* 3.63)[45], evidenziando come la tradizionale tripartizione tra beneficio, ufficio e ministerio, non fondata sul tipo di comportamento tenuto a favore di un altro, ma sulla natura della interrelazione tra chi lo compie e chi ne riceve i vantaggi, debba essere superata. La visione più antica, criticata poi dal medio stoicismo seguito da Seneca, ammetteva il beneficio soltanto nelle relazioni umane tra estranei (*alienus*), tra i quali il comportamento qualificato in termini di beneficio non potesse quindi né essere richiesto, né tantomeno preteso. Il beneficio doveva cioè caratterizzarsi per essere un atto pienamente libero di essere compiuto o meno.

Officium, invece, esprime un dovere al quale si è tenuti in base a preesistenti vincoli sociali, quali quelli familiari tra genitori e figli, tra moglie e marito oppure quelli amicali. Qui la relazione sociale è caratterizzata da forti vincoli giuridici e colloca il comportamento nell'àmbito della doverosità in coerenza coi modelli valoriali della società a cui si appartiene. Un figlio che non rispetta il proprio genitore tradisce il suo ufficio filiale. Un amico che non rispetta il proprio dovere di lealtà tradisce il proprio ufficio amicale.

Il *ministerium*, infine, indicherebbe la natura dei doveri dello schiavo.

A questa tripartizione stoica più risalente (e che in definitiva negava sempre e comunque ai doveri degli schiavi un pur se minimo valore di atto libero) si oppone nella media Stoa e poi in Seneca una visione più umana che tende a valorizzare l'*animus* che sostiene la condotta dello schiavo anche nelle relazioni di dipendenza servile. Non quindi solo il suo *status*, ma anche l'*animus* che sostiene la condotta diviene elemento dirimente per comprendere se il comportamento tenuto possa o meno essere considerato quale un dovere qualificabile come ministerio oppure come beneficio. Qui ritorna, in chiave di fondamento del 'dovere', la concezione stoica del principio

---

nullis territum minis, nullis cruciatibus uictum auertisse, quantum potuerit, suspiciones quaerentis et inpendisse spiritum fidei, hunc tu negabis beneficium domino dedisse, quia seruus est? Vide, ne eo maius sit, quo rarius est exemplum uirtutis in seruis, eoque gratius, quod, cum fere inuisa imperia sint et omnis necessitas grauis, commune seruitutis odium in aliquo domini caritas uicit. Ita non ideo beneficium non est, quia a seruo profectum est, sed ideo maius, quia deterrere ab illo ne seruitus quidem potuit.

[20] Errat, si quis existimat seruitutem in totum hominem descendere. Pars melior eius excepta est: corpora obnoxia sunt et adscripta dominis, mens quidem sui iuris, quae adeo libera et uaga est, ut ne ab hoc quidem carcere, cui inclusa est, teneri queat, quo minus inpetu suo utatur et ingentia agat et in infinitum comes caelestibus exeat. Corpus itaque est, quod domino fortuna tradidit; hoc emit, hoc uendit; interior illa pars mancipio dari non potest. Ab hac quidquid uenit, liberum est; nec enim aut nos omnia iubere possumus aut in omnia serui parere coguntur: contra rem publicam imperata non facient, nulli sceleri manus commodabunt.

[21] Quaedam sunt, quae leges nec iubent nec uetant facere; in iis seruus materiam beneficii habet. Quam diu praestatur, quod a seruo exigi solet, ministerium est; ubi plus, quam quod seruo necesse est, beneficium est; ubi in adfectum amici transit, desinit uocari ministerium. Est aliquid, quod dominus praestare seruo debeat, ut cibaria, ut uestiarium; nemo hoc dixit beneficium; at indulsit, liberalius educauit, artes, quibus erudiuntur ingenui, tradidit: beneficium est. Idem e contrario fit in persona serui: quidquid est, quod seruilis officii formulam excedit, quod non ex imperio, sed ex uoluntate praestatur, beneficium est, si modo tantum est, ut hoc uocari potuerit quolibet alio praestante.

[22] Seruus, ut placet Chrysippo, perpetuus mercennarius est. Quemadmodum ille beneficium dat, ubi plus praestat, quam <in> quod operas locauit, sic seruus, ubi beneuolentia erga dominum fortunae suae modum transit et altius aliquid ausus, quod etiam felicius natis decori esset, spem domini antecessit, beneficium est intra domum inuentum. An aecum uidetur tibi, quibus, si minus debito faciant, irascimur, non haberi gratiam, si plus debito solitoque fecerint? Vis scire, quando non sit beneficium? ubi dici potest: 'Quid, si nollet?' Vbi uero id praestitit, quod nolle licuit, uoluisse laudandum est. Inter se contraria sunt beneficium et iniuria; potest dare beneficium domino, si a domino iniuriam accipere. Atqui de iniuriis dominorum in seruos qui audiat positus est, qui et saeuitiam et libidinem et in praebendis ad uictum necessariis auaritiam conpescat. Quid ergo? beneficium dominus a seruo accipit? immo homo ab homine. Denique, quod in illius potestate fuit, fecit: beneficium domino dedit; ne a seruo acceperis, in tua potestate est. Quis autem tantus est, quem non fortuna indigere etiam infimis cogat?

[45] Hecatonem quidem Rhodium, discipulum Panaetii, video in iis libris, quos de officio scripsit Q. Tuberoni, dicere, sapientis esse nihil contra mores, leges, instituta facientem habere rationem rei familiaris. Sul testo si vd. F. D'Ippolito, I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della Repubblica (Napoli 1978), 83-84.

ordinatore e del significato profondo della libertà umana, la quale non è più solo connessa alla concezione giuridica di assenza di schiavitù, ma si soppesa insieme alla nozione di libertà interiore, quella cioè di seguire il proprio principio ordinatore anche in contesti di forte coercizione esterna. Come la libertà sarebbe in questa nuova prospettiva stoica un valore interiore e non una forma giuridica, così anche l'*animus* che sostiene la condotta e non lo *status* di chi la compie diviene qualificante per capire se quanto fatto rientri tra i benefici o no.

Seneca, quindi, si orienta – ammessa la possibilità che anche lo schiavo possa dare *beneficia*– a verificare se possa addirittura ammettersi un suo *beneficium* nei confronti anche del suo padrone. Anche in questo caso si confronta una concezione più dura e formalmente più rigida (quella più antica), che nega perentoriamente tale possibilità, in quanto lo schiavo non avrebbe nessuna *potestas negandi* di fare quanto richiestogli dal padrone, elemento invece considerato essenziale perché si possa dare un 'beneficio'. Da ciò Seneca deduce che anche l'atto normalmente libero, che se compiuto da una qualsiasi altra persona sarebbe un beneficio, se fatto però dallo schiavo sarebbe comunque da considerare un ministerio, in quanto quest'ultimo non sarebbe in nessun modo libero di non farlo. Anche in questo caso Seneca supera la concezione più antica, evidenziando come in realtà non tutte le condotte tenute dallo schiavo per il suo padrone debbano valutarsi come espressione esclusiva del suo ministerio. Riemerge l'idea (già presente nella valutazione del nuovo concetto stoico di libertà naturale) che la dipendenza giuridica attiene al corpo dello schiavo e non alla sua *mens*, restando quest'ultima invece pienamente libera (*corpora obnoxia sunt et adscripta dominis, mens quidem sui iuris, quae adeo libera et uaga est*). Qui ritornano, come detto, i temi poi sviluppati dall'ultimo stoicismo sulla libertà come valore interiore (presente anche in chi giuridicamente sia di stato servile o assente anche in chi sia giuridicamente libero)[46].

Tutto ciò che non è espressione di un dovere dello schiavo fissato dal diritto o dalla legge, potrebbe quindi qualificarsi come suo *beneficium* al padrone (*quaedam sunt, quae leges nec iubent nec uetant facere; in iis seruus materiam beneficii habet*).

Anche in questo caso il superamento della concezione più antica, che era costruita sul sostrato interrelazionale della condotta compiuta per comprenderne la natura, accentua la via della volontà che sostiene la condotta. La dimostrazione della nuova tesi è compiuta partendo dalla constatazione che anche il padrone può compiere cose a favore dello schiavo che non sono esclusivamente conseguenza del rapporto dominicale, ma dell'animo di fare qualcosa a sua favore anche se non era tenuto a farlo. Così, allo stesso modo, anche per lo schiavo quanto non rientri nei suoi doveri di schiavo, ma venga compiuto in base alla sua mera volontà sarebbe un *beneficium*.

Il discorso della media Stoà sembra quindi evidenziare uno slittamento dallo *status* all'*animus* al fine di qualificare le condotte tenute quali *beneficia*. Non il tipo di dovere a compiere la condotta di per sé, ma l'inclinazione della volontà che la sostiene sarebbe qualificante per comprendere la natura del comportamento tenuto. Nel beneficio, l'autore è pienamente libero di non farlo (e quindi facendolo, esprime un pieno un suo atto di libertà); nell'ufficio, l'autore sente il dovere di farlo in base alla natura della relazione che lo lega con l'altra parte; nel ministerio l'autore non ha alcun potere di sottrarsi al dovere imposto. Talvolta il beneficio può innestarsi in un ufficio, come ad esempio nella gratitudine di chi ha ricevuto il beneficio, sebbene a stretto rigore anche l'atto di gratitudine potrebbe essere considerato come a sua volta un mero beneficio, in quanto atto totalmente libero[47].

In Seneca sembra, quindi, innestarsi, su una trama pervasiva del giuridico nella società e cultura romane, una valorizzazione del momento interiore (*mens, voluntas*) quale motore della condotta che ne può *ex post* modificare la qualificazione in termini di beneficio. Qui la riflessione filosofica si apre ad una ponderazione degli atti umani in connessione ad un significato ampio di

[46] Sul mio punto di vista si vd. Il problema della libertà naturale in diritto romano, in Liber amicorum per S. Tafaro, I (Bari 2019), 129 ss. dove anche si richiama la recente bibliografia sul punto (versione digitale in https://revistes.uab.cat/da/article/view/v10-n3-cardilli/449-pdf-it).

[47] Sul referre gratiam si vd. ora quanto posto esattamente in luce da R. Fiori, Bonus vir , 184-187.

'doverosità' (per noi considerata ampiamente in termini giuridico-morali), venendo a cogliersi una più profonda distinzione tra 'atto libero/atto dovuto' e libertà di agire, che sembra imporre una valorizzazione del momento della *voluntas* quale momento caratterizzante l'atto di libertà, rispetto alla *necessitas* che caratterizzerebbe invece l'atto dovuto. Ciò può considerarsi come una distinzione che, a differenza della concezione del primo stoicismo (nel quale si ha un'ampia percezione della 'doverosità' pur nelle sue diverse declinazioni), circoscrive la sfera della 'doverosità' (l'*officium* o il *ministerium*) da quella della libertà (*beneficium*). Ad essa resta in ogni caso difficilmente sovrapponibile la distinzione kantiana tra dovere giuridico e dovere morale, salvo non rischiare di confondere l'importanza, nel contesto antico di emersione di questa dottrina, di un'idea di libertà sganciata dalla forma giuridica della schiavitù, con una tensione innestata da nuovi valori nella società romana del I e II sec. d.C.[48].

4. *'Beneficium', 'officium' e 'obligatio' in Paulus libro 29 ad edictum D.13.6.17.3* . – In un famoso testo di Paolo (D.13.6.17.3)[49], tratto dal libro ventinovesimo del suo commento all'editto del pretore in materia di *actio commodati*, il discorso del giurista severiano è fondato sull'uso dei termini *beneficium*, *officium* e *obligatio,* orientandosi però ad approfondire un problema giuridico specifico legato ad una condotta del comodante successiva alla conclusione del contratto lesiva del comodatario, legittimante per quest'ultimo l'esperimento dell'*actio commodati contraria*.

> D.13.6.17.3 Paulus *29 ad edictum*
> *Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.*[50]

---

[48] Al riguardo, va segnalato che nell'importante lavoro di A. Mantello,'Beneficium servile' - 'debitum naturale' , 39-182 e 431-451, la conclusione storica cui giunge lo studioso è meno netta ed anzi fortemente problematizzante nell'individuare criteri di separazione del giuridico dal non giuridico nel pensiero dei giuristi romani, sebbene egli si orienti poi a reintepretare le concordanze, le differenze e le influenze tra la dottrina filosofica e quella giurisprudenziale quali possibili espressioni di una inconsapevole separazione tra «mondo morale» e «mondo giuridico»; si vd. altresì A. Mantello, Un'etica per il giurista? , 573 ss., da leggere con quanto rileva R. Fiori, Bonus vir , 180 ss. Vd. anche supra n.31.

[49] Sul testo con particolare attenzione ai profili problematici del tema qui esaminato, si vd. D. Nörr, Ethik und Recht im Widerstreit? Bemerkungen zu Paul. (29 ad ed.) D. 13.6.17.3, in: Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein (Stuttgart 1993), 267-284; Idem, Mandatum fides amicitia, in AA.VV., Mandatum und Verwandtes (Berlin, 19939, 13 ss., in particolare 23; A. Mantello, Un'etica per il giurista? , 573 ss., sul passo 591-595; G. Falcone, Obligatio est iuris vinculum (Torino 2003), 177 ss.; G. Finazzi, Ricerche in tema di negotiorum gestio. II.2. Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità, (Cassino 2006), 41 ss.; Idem, Amicitia e doveri giuridici , 633 ss. (beneficia e vinculum iuris, 692-697; sul passo 730-734; 738-743); G. Falcone, A proposito di Paul. 29 ad ed. – D. 13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare), in AUPA LIX (2016), 241 ss.; Idem, A proposito di Paul. 29 ad ed. – D. 13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare). Con una appendice in tema di alterità tra morale e diritto , 183 ss.; E. Sciandrello, Ricerche in tema di 'iudicia contraria' (Napoli 2017), 108-114.

[50] Come, poi, il dare in comodato dipende più dalla volontà e dall'ufficio, che dalla necessità, così lo stabilire le modalità e la durata del comodato spetta a colui che concede il beneficio. Quando poi abbia fatto ciò, una volta cioè che abbia dato in comodato, fissandone il limite, per tornare sulla propria decisione e privare <il comodatario>

L'orientamento del discorso è abbastanza strano, tenendo conto che il giurista vuole comunque risolvere un problema giuridico e dimostra anche una precisa attenzione alle ricadute del suo ragionamento sulla soluzione di questioni concrete ipotizzabili nella prassi del comodato[51]. Paolo, nel contesto del suo commento edittale al *iudicium commodati* (D.13.6.17.1), valuta la rilevanza di condotte del comodante che possano legittimare l'esercizio dell'azione contraria contro di lui da parte del comodatario. La particolare ipotesi al centro dell'interesse di Paolo attiene alle modalità della richiesta di restituzione della cosa comodata che possano arrecare un danno al comodatario.

La richiesta intempestiva di restituzione della cosa[52] non è in realtà né rilevante ai fini esclusivi del *iudicium commodati contrarium* (potendosi anche pensare ad una azione diretta intempestivamente esercitata, paralizzabile in giudizio dal comodatario in relazione alla natura di buona fede della sua obbligazione), né è impositiva di una riflessione più ampia sulla natura reale e non consensuale del contratto di comodato, né è tantomeno condizionante una espansione della valutazione ad altri tipi di situazioni e rapporti giuridici diversi dal comodato, come poi, invece, Paolo fa richiamando anche la *negotiorum gestio* ed il mandato. Da altro punto di vista, il *re contrahere* quale categoria ordinante fin da Quinto Mucio Scevola di una serie di contratti tipici (Pomp. *l.4 ad Q. Muc.* D. 46.3.80), accentua nella qualificazione del *contrahere* quale *re* e della *obligatio* quale *re contracta* un regime giuridico tecnico ben chiaro nella cultura tra giuristi che non abbisognava certo di chiarimenti o tanto più di delucidazioni di natura filosofica[53].

Ciò non ostante, il discorso paolino segue una logica che pone a fondamento del diritto del comodante di fissare le modalità dell'uso della cosa comodata proprio la natura di atto di piena libertà della consegna della stessa. Il particolare taglio che il discorso del giurista severiano assume nel passo esaminato, evidenzia una spiegazione inconsueta dello statuto giuridico della 'realità' del comodato in termini di *distinctio* tra le categorie del *beneficium*, dell'*officium* e dell'*obligatio*, collocandosi la testimonianza in un campo di analisi esegetica che impone di comprendere nel suo specifico contesto il significato del discorso del giurista, per poi cercare anche di capire (se possibile) quali siano state le ragioni che, all'interno del suo commento all'editto pretorio, possano averlo spinto a rigettare la consueta prospettiva in materia e a prospettarne una nuova che appunto sembrerebbe evocare riflessioni filosofiche[54].

---

anzitempo dell'uso della cosa prestata, è di ostacolo non soltanto l'ufficio, ma anche la stessa obbligazione assunta con il dare e il ricevere. Infatti, il negozio viene compiuto nell'interesse reciproco e per questo sono state proposte due azioni reciproche, affinché sia messo in chiaro che ciò che da principio era solo beneficio e nuda volontà, si converte in prestazioni reciproche e azioni civili. Così pure accade per colui che ha iniziato a gerire gli affari di un assente: egli infatti non potrebbe impunemente abbandonarli, lasciandoli andare in rovina, dato che altri avrebbero potuto assumerne la gestione se non l'avesse iniziata; allo stesso modo, se assumere un mandato è fatto di volontà, condurlo a termine è una necessità. Pertanto, se mi hai comodato delle tavolette <cerate> affinché un debitore mi documentasse un debito, non ti comporterai rettamente ripredendole inopportunamente; infatti, se me le avessi negate, avrei potuto o comperarle oppure avvalermi di testimoni. E lo stesso vale, se mi hai comodato delle travi per puntellare un edificio e poi me le hai sottratte; o, pur sapendolo, me le hai comodate difettose, perché da un beneficio dobbiamo trarre un'utilità, non subire un inganno. In queste ipotesi deve dirsi che torna utile anche l'azione contraria.

[51] G. Finazzi,'Amicitia' e doveri giuridici , 740, accentua l'interesse esclusivamente giuridico del ragionamento di Paolo, di cui proprio l'attenzione alla casistica sarebbe prova.

[52] Gli esempi concretamente esaminati sono pensati ad arte, per corroborare la coerenza logica del discorso a seguire e coglierne l'importanza. L'ipotesi tipica di esercizio del iudicium commodati contrarium che i giuristi romani precedenti tendono ad esaminare di regola era invece quella dei danni cagionati al comodatario dalla cosa comodata di cui il comodante è tenuto a tenerlo indenne.

[53] Vd. A. Saccoccio, Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee (Milano, 2002), 141 ss. che accentua come una tale importante costruzione sistematica sia accertabile quanto meno dal I sec. a.C. Per G. Finazzi, Amicitia e doveri giuridici , 740, il ricorso di Paolo a concetti della filosofia stoica nel contesto giuridico del suo discorso andrebbe spiegata in termini di scelta di raffinatezza ed eleganza.

[54] Vd. anche supra n. 53. Basta in questo senso confrontare con quanto emerge in Paolo stesso, nei suoi libri ad edictum, in relazione alla natura della realità e delle sue conseguenze rispetto al mutuo in D. 2.14.17 pr. (si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi

La valorizzazione, nel discorso di Paolo, della natura incoercibile e spontanea che esprime la scelta di volontà del comodante di consegnare la cosa in uso gratuito al comodatario (e quindi qualora vi si decida, perfezionante un *beneficium* a favore del comodatario)[55], vuole accentuare la natura libera, perché appunto spontanea dell'atto di prestito, che ne sarebbe la caratterizzazione fondante. L'immediato affiancamento alla natura di atto pienamente libero della consegna della cosa comodata ad una possibile coerenza della stessa ad un *officium* che lega il comodante al comodatario, evidenzia l'importanza della *humus* relazionale nella quale si colloca il prestito d'uso gratuito compiuto tra le parti[56]. Lo sguardo del giurista severiano si proietta sulla fase precontrattuale (il che non significa di per sé pre-giuridica), in rapporto alla valutazione della *voluntas* del comodante, illuminando in modo diverso la caratteristica fondante la stessa categorizzazione della realità di tutta una serie di contratti tipici.

Il discorso paolino è centrato sulla contrapposizione tra (*libera*) *voluntas* e *necessitas*, una polarità che illumina su piani diversi il giudizio relativo alla condotta tenuta dal comodante e alla sua importanza sul piano delle conseguenze. Credo sia utile chiarire il senso che si può riconoscere all'uso di *necessitas* in Paolo nella fonte considerata, in quanto è lo stesso che illumina poi il significato che può accordarsi a *voluntas* nel testo in esame e non il contrario, dato che quest'ultimo è termine più anodino difficilmente assunto quale termine che possa escludere di per sé che il giurista stesse qui approfondendo contenuti giuridici. All'età di Paolo, *necessitas* non esprime soltanto più la soggezione ad una situazione reale non evitabile (ad es. la morte o nell'àmbito giuridico la soggezione alla *manus iniectio*), ma anche l'idea di soggezione all'azione giudiziale dichiarativa. È un grosso salto di significato che l'idea di doverosità espressa dalla *obligatio* (a differenza dell'*oportere*) fa quando viene ad includere nel suo significato anche quello della soggezione all'azione dichiarativa e che si riflette bene nella definizione di *obligatio* ora in I. 3.13.1 (*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*)[57].

---

quatenus datum sit) oppure nel commenatrio gaiano sul iudicium commodati contrarium (D.13.6.18.2-4 Gaius 9 ad ed. provinc.: Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo qui commodasset agi deberet: veluti de impensis in valetudinem servi factis quaeve post fugam requirendi reducendique eius causa factae essent: nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet: modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum ad eundem pertineant. Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est. Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis. sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem), come anche nel prosieguo del commento edittale di Paolo stesso: D.13.6.22 (Paulus 22 ad ed.: Si servus, quem tibi commodaverim, furtum fecerit, utrum sufficiat contraria commodati actio (quemadmodum competit, si quid in curationem servi impendisti) an furti agendum sit, quaeritur. et furti quidem noxalem habere qui commodatum rogavit procul dubio est, contraria autem commodati tunc eum teneri, cum sciens talem esse servum ignoranti commodavit.); sul punto si vd. ora .; E. Sciandrello, Ricerche in tema di 'iudicia contraria'cit., 108 ss.

[55] Di per sé l'uso del termine beneficium non è sicuro appiglio di una influenza filosofica della prospettiva paolina (ed il dubbio potrebbe ad es. venire con maggiore forza per la qualifica ulpianea della manumissio come beneficium in D. 1.1.4), in quanto beneficio è termine che ricorre nelle fonti giuridiche spesso nel significato generico o fattuale di utilità o vantaggio [H.G.Heumann - E.Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts (Jena 1926[9]) 47-48), e non v'è dubbio che nel comodato è il comodante a dare una utilità al comodatario. La prospettiva filosofeggiante può assumere una sua maggiore forza di persuasione nella distinzione tra voluntas e necessitas, che sorregge il discorso del giurista e che appunto gli permette il collegamento tra l'atto libero del comodante, con quelli del mandatario e del gestore di affari altrui, aprendo trasversalmente una diversa ed innovativa chiave di lettura di fonti dell'obbligazione tradizionalmente poste su piani sistematici differenti (il comodato come obligatio re contracta, la negotiorum gestio quale obligatio quasi ex contractu e il mandato come obligatio consensu contracta).

[56] Per un approfondimento del rapporto tra commodatum e amicitia si vd. G. Finazzi, 'Amicitia' e doveri giuridici , 751-752.

[57] Vd. G. Falcone, Obligatio est iuris vinculum , 112-113; il mio Damnatio e oportere nell'obbligazione, (Napoli 2016), 304 ss.; Idem, Il problema della nascita delle obbligazioni onorarie in diritto romano, in AUPA LXI (2018), 11 ss.

Nel contesto del passo in esame, la 'necessità' si conferma quale caratteristica peculiare dell'azionabilità anche dell'obbligazione assunta dal comodante verso il comodatario con la consegna della cosa comodata. La precisazione in Paolo sembra funzionale ad individuare condotte che possano perfezionare l'inadempimento del comodante nei confronti del comodatario rispetto alle obbligazioni sorte dal contratto perfezionato con la consegna. È chiaro, infatti, che una volta che il comodante, spontaneamente, si sia deciso per il prestito d'uso gratuito della cosa, avendo il diritto di fissarne i limiti temporali e spaziali d'uso, egli non abbia con ciò fissato soltanto i limiti di contenuto dell'obbligazione del comodatario alla restituzione (con il possibile aggravamento della valutazione dei suoi comportamenti col *furtum usus*) – e quindi i limiti dell'esercizio del *iudicium commodati* diretto contro il comodatario per la restituzione – ma anche le legittime aspettative di quest'ultimo nell'uso accordatogli, che quindi, qualora gli venga richiesto intempestivamente indietro la cosa comodata, può resistere legittimamente a tale pretesa del comodante.

Richiedere indietro intempestivamente la cosa comodata viene, infatti, a ledere inesorabilmente tali aspettative. L'insistenza con la quale il giurista severiano approfondisce nel testo quale sia la concreta incidenza della richiesta intempestiva sul rapporto tra le parti, piuttosto che limitarsi alla ponderazione degli strumenti processuali coi quali il comodatario può paralizzare l'azione del comodante diretta alla intempestiva resitituzione (*actio directa*) o può ottenere immediata tutela (*iudicium contrarium*), ci proietta in un orizzonte teorizzante, che non è di per sé funzionale alla soluzione topica del problema delle tavolette cerate, che sembra quindi non tanto il caso da cui scaturisce la riflessione, ma l'esempio ad arte scelto per confermare la teorizzazione fatta. Per Paolo, se da un lato la condotta del comodante sarebbe in ogni caso inofficiosa, essa perfeziona altresì un inadempimento della sua obbligazione verso il comodatario, violazione che ne avrebbe determinato l'azionabilità in giudizio e la conseguente quantificazione patrimoniale del danno subito da parte del comodatario in conseguenza di essa.

L'ipotesi prospettata da Paolo, a chiarimento della costruzione concettuale da lui proposta[58], evidenzia il danno subito dal comodatario di tavolette cerate, in quanto esse erano state richieste in prestito per documentare l'esistenza di un debito, o di quello dei *tigna* prestati *ad fulciendam insulam*. Gli esempi permettono a Paolo di evidenziare che chi fosse stato nella necessità di entrare nella disponibilità di *tabulae* (per attestare un debito) o di *tigna* (per restaurare un edificio), avrebbe ben potuto gestire differentemente la situazione a fronte del legittimo diniego del prestito da parte chi ne fosse provvisto, Una volta però che quest'ultimo si decida di dare il beneficio al comodatario, prestandogli gratuitamente le tavolette, la sua intempestiva richiesta di restituzione finisce per tradursi in un concreto danno per il comodatario, danno che sul piano stesso dell'*obligatio* del comodatario alla restituzione avrebbe potuto far considerare come non dovuta la restituzione in quanto contraria alla buona fede valutata in caso di *actio directa* del comodante, oppure sul piano dell'obbligazione di buona fede del comodante avrebbe determinato una sua risarcibilità con l'esercizio del *iudicium contrarium* di comodato da parte del comodatario.

Il contenuto della condotta stigmatizzata è sempre lo stesso ed è rilevante in negativo sia in termini di mancato rispetto dei doveri d'ufficio nella interrelazione tra richiedente e dante, sia in termini di inadempimento dell'obbligazione che lega il comodante al comodatario (ed eventualmente anche sui suoi riflessi sulla stessa configurabilità di una obbligazione del comodatario a restituire le cose comodate, se intempestivamente richieste indietro).

A ben vedere, sul piano del problema della teorizzazione dei 'doveri', non è la 'doverosità' a trasformarsi, ma la forma di tutela della relazione. L'immagine di Paolo – cosa a mio modo di vedere in questo contesto molto rilevante – è quella che un tale comportamento del comodante (intempestivo e perciò da considerare un *non recte facere*) non sarebbe soltanto contrario ai suoi *officia*, ma lo sarebbe anche alla oramai assunta *obligatio* nei confronti del beneficiario-comodatario. Il verbo che descrive questo passaggio dal piano dell'*officium* a quello dell'*obligatio* è

[58] Il che orienta a far ritenere – come detto nel corpo del testo – che in questo caso il momento teorico sia prevalso su quello topico, funzionalmente orientato il primo a chiarire il senso dei diversi significati di beneficium, officium e obligatio.

'*convertere*', verbo che non esprime tanto un salto di piano, quanto l'idea di una trasformazione. La 'conversione' non mi sembra colta sul piano del contenuto o della natura della 'doverosità' (giuridica o morale), ma su quello dell'azionabilità in giudizio. La richiesta di restituzione della cosa comodata (di per sé legittima e tutelata sia sul piano dell'ufficio, che su quello dell'obbligazione), qualora sia intempestiva, frustrando l'utilità del beneficio accordato liberamente al comodatario, è sia perfezionante una inofficiosità che un inadempimento dell'obbligazione del comodante.

È altresì utile all'esame della testimonianza chiarire quale fosse il riferimento terminologico della doverosità del comodante verso il comodatario, in caso di richiesta intempestiva di restituzione della cosa comodata. Paolo, parlando espressamente di *actiones civiles*, dimostra di pensare alle *formulae in ius concepta* dell'*actio commodati,* sia del *iudicum directum* che del *iudicium contrarium*[59], e ciò a prescindere del fatto che vi fosse o meno nell'editto per il *iudicium contrarium* una rubrica autonoma, come io comunque propendo a credere per l'*actio commodati* con *formula in ius concepta*[60].

Il 'dovere' del comodante verso il comodatario a cui Paolo sta pensando in D. 13.6.17.3 una volta consegnata la cosa in comodato e quindi nate le *mutuae praestationes actionesque civiles*, è il *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. Sul piano del rapporto tra *officium* ed *obligatio*, lo schema dell'*oportere ex fide bona* rappresenta – come visto – una vera struttura di congiunzione tra le due categorie. L'*officium* del *vir bonus* e l'*oportere ex fide bona*, quanto meno nella loro rappresentazione tardo-repubblicana ed inizio imperiale, tendono contenutisticamente quasi a coincidere. Potremmo dire che nella costruzione dell'*oportere ex fide bona* (quale espansione del modello romano ai non romani di un'idea di correttezza romana) vengono attratti contenuti specifici propri degli *officia* del *vir bonus*. L'intempestiva richiesta di restituzione della cosa comodata è in contrasto sia con l'ufficio del comodante corretto quale *vir bonus*, sia contestualmente inesecuzione della sua obbligazione di buona fede. Mi sembra che tale modo di intendere la relazione tra i due concetti sia pienamente coerente a quanto Paolo esprime nel testo, quando non contrappone *officium* e *obligatio* come vasi incomunicabili, ma ne coglie sfere sovrapponibili: *postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque*[61].

Paolo conferma la sua costruzione richiamando altresì la *negotiorum gestio* e il mandato, quali espressione di tale conversione da un gesto spontaneo e libero a conseguenze, una volta assunto, che non ne permettano la ritrattazione senza incorrere nella soggezione ad un'azione giudiziale. Così il gestore di affari altrui, che non può mai essere costretto ad assumere la gestione, una volta che decide di assumerla (sia per gli *officia* che lo legano all'assente, sia per altri motivi), non può sottrarvisi in un secondo momento fino al ritorno del diretto interessato[62]. Così allo stesso

[59] Vd. esattamente G. Finazzi, Amicitia e doveri giuridici , 732, che fa perno in particolare anche sul ricorrere della qualifica di civiles delle actiones nel passo.

[60] Per la negativa sembrerebbe propendere O. Lenel, Das Edictum Perpetuum, (Lepzig 1927[3]), 253 s., proprio in base a quanto Paolo afferma in D.13.6.17 pr.: «contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et ceterae quae dicuntur contrariae». Il dubbio è riproposto con prudenza anche in D. Mantovani, Le formule del processo privato romano, Padova, 1999, 53 n. 119. Per G. Provera, Contributi alla teoria dei 'iudicia contraria' (Torino 1951), 12 ss., proprio Paolo in D. 13.6.17 pr. dimostrerebbe la originaria natura riconvenzionale dei iudicia contraria. Ipotizza, ora, una autonoma previsione edittale del iudicium commodati contrarium con l'introduzione dell'actio commodati con formula in ius concepta, E. Sciandrello, Ricerche in tema di 'iudicia contraria' , 93-117.

[61] Sottolineano dal tenore del passo come in esso non appia un'immagine di distinzione tra officium preesistente e suscepta obligatio, quanto quella di contenuti che entrano in comunicazione e si sovrappongono, sebbene in una prospettiva – diversa da quella da me proposta nel presente contributo –che conserva la distinctio tra doverimorali e doveri giuridici: G. Finazzi, 'Amicitia' e doveri giuridici , 742; G. Falcone, A proposito di Paul. 29 ad ed. – D. 13.6.17.3 , 258.

[62] Vd. G. Finazzi, Ricerche in tema di negotiorum gestio. II.2. , 41 ss.

modo il mandatario può tranquillamente rifiutarsi di accettare incarico del mandante, ma una volta assunto lo deve portare a termini rispettandone per altro i contenuti imposti dal mandante[63].

Sul piano della tutela giudiziale la condotta del comodante può quindi concretizzarsi o in una tutela ex post con *iudicium contrarium* del comodatario che restituisce il bene comodato diretta a vedersi risarcire il danno subito a seguito della richiesta intempestiva del comodante, , oppure in una tutela *ex ante*, con la paralisi dell'eventuale *actio commodati directa* esercitata dal comodante intempestivamente, in quanto in questo caso non sarebbe tutelabile l'*oportere* del comodatario alla restituzione a favore del comodante in base al principio di *bona fides*. Paolo, come detto, sta nel contesto dell'editto relativo all'*actio commodati* con formula *in ius concepta*, sia *directa* che *contraria*, quindi, la 'doverosità' (differentemente declinata in termini di *officium* e di *obligatio*) non è condizionata dai contenuti del comportamento dovuto, ma dalla 'conversione' dello stesso da condotta 'dovuta' sul piano dei rapporti attratti nell'ufficio caratterizzante il rapporto interrelazionale nel quale il prestito si collocava, a condotta dovuta che, se disattesa, è azionabile in giudizio in termini di *oportere ex fide bona* del comodante o paralizzante l'azionabilità dell'*oportere ex fide bona* del comodatario alla restituzione.

Intendere, quindi, quanto afferma Paolo in chiave di contrapposizione tra dovere morale (di cui sarebbe espressione l'*officium*) e dovere giuridico (*obligatio*), oltre che a mio modo di vedere in contrasto con la terminologia della *conversio* – non espressiva di un'idea di antitesi – avrebbe altresì l'effetto parossistico di escludere dal giuridico ogni forma di *voluntas* liberamente espressa.

Voluntas e *necessitas* si pongono, quindi, su piani diversi di doverosità, se trasposte sul piano dell'*officium* e della *obligatio*. Per altro, il dovere d'ufficio non è sempre non azionabile, mentre l'obbligazione non è sempre azionabile. Si tratta di caratteristiche di prevalenza e non di esclusività[64]. Il piano della *necessitas* in Paolo concretizza – a differenza che nella concezione giuridica più antica – la coercizione insita nella azionabilità giudiziale, coerentemente alla stessa definizione di *obligatio* come *iuris vinculum quo necessitate adstringimur* ora nelle Istituzioni imperiali. Ciò, se da un lato individua una caratteristica per lo più specifica della relazione espressa in termini di obbligazione, non esclude per ciò solo (e questa sarebbe al contrario una nostra possibile proiezione) l'ufficio dal giuridico[65]. A mio modo di vedere, il testo sarebbe sottoposto ad un eccessivo stress interpretativo, qualora gli si voglia far dire che è giuridico soltanto ciò che è azionabile, in contrasto con quanto lo stesso Paolo evidenzia in altre testimonianze, ed in particolare nel noto passo in cui il giurista severiano ricorda i diversi significati di *ius*, tra i quali anche il *ius naturale* quale *ius semper bonum et aequum* (Paul. 14 *ad Sab.* D.1.1.11).

Mi sembra, quindi che se da un lato sia esatto cogliere una differenza di significati tra beneficio, ufficio e obbligazione nel pensiero giuridico di Paolo, essa sia funzionale nel discorso del giurista a lumeggiare alcuni dati tecnici molto importanti (e se vogliamo anche complessi) del regime contrattuale e della ponderazione del momento volontaristico in essi, che d'altro canto da diverso tempo erano al centro dell'attenzione dei giuristi romani (si pensi ad es. a Pedio in Ulp. l. 4 ad ed. D. 2.14.1.3) . Una sua rilettura tesa a proiettarla sulla possibile maturazione già nel pensiero giuridico romano di una distinzione tra etica e diritto, paragonabile a quella che caratterizza il

[63] Vd. sul rapporto tra officia amicali e mandato, D. Nörr, Mandatum fides amicitia , 13 ss.; G. Finazzi, 'Amicitia' e doveri giuridici , 752 ss.

[64] Ciò che il testo esprime bene (non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque). Con ciò non significa che nel proprio ambito, pur comunicanti, officia e obligationes non presentino caratteristiche peculiari loro proprie (ad es. l'officium di regola si colloca su un piano relazionale di durata, mentre l'obbligazione per lo più in chiave di rapporto destinato al singolo affare; si vd. al riguardo la precisazione di D. Nörr, Mandatum fides amicitia , 23-24), ma che la 'comunicazione' tra tali ambiti può trovare proprio nello schema dell'oportere ex fide bona una chiave di inclusione e commistione significativo.

[65] Va detto che anche il filone interpretativo che accentua una tale contrapposizione nella lettura di D. 13.6.17.3, risulta ad una lettura attenta meno netto di quanto sembrerebbe; D. Nörr, Ethik und Recht im Widerstreit? , 267-284; A. Mantello, Un'etica per il giurista? , 591-595; G. Falcone, Obligatio est iuris vinculum, Torino, 2003, 177 ss.; G. Finazzi, Ricerche in tema di negotiorum gestio. II.2. , 41 ss.; Idem, Amicitia e doveri giuridici, 738-743; G. Falcone, A proposito di Paul. 29 ad ed. – D. 13.6.17.3 , 241 ss.; Idem, A proposito di Paul. 29 ad ed. – D. 13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare). Con una appendice 183 ss.

pensiero giuridico contemporaneo, rischia di impedirne la valorizzazione della dimensione specifica del discorso giuridico in essa svolto.

Le differenze sul piano dell'intensità della doverosità in esse espresse (che però trovano piani ampiamente sovrapponibili data la natura di buona fede dell'*oportere* del rapporto nato dal comodato, come anche nel mandato e nella gestione di affari altrui, quanto meno all'età di Paolo), non sembrano riflettersi in una ontologica differenziazione sul piano dei contenuti relazionali da essa espressi, esclusivamente etici i primi e giuridici i secondi. Al contrario mi sembra cogliersi una pervasività del giuridico anche su piani che noi moderni saremmo portati a proiettare esclusivamente nell'etica. Ed anche dove tali sfumature di intensità cedono il passo ad una diversa percezione della rilevanza della volontà dei contraenti (quella che sostiene il comodante al *commodatum*, quale espressione di un atto di piena ed incoercibile libertà, mentre quella che sostiene la ricezione della cosa da parte del comodatario è produttiva di una 'dovere' di restituzione azionabile) ciò non sembra esprimere una contrapposizione tra mondo morale e mondo giuridico, ma tra atti e condotte che hanno una tutela giudiziale e atti e condotte che hanno tutela non giudiziale, senza però che tale assenza di azionabilità giudiziale sia percepita nella cultura romana come rilevante esclusivamente in chiave di foro interno e non ricada invece su piani giuridico-morali del *ius,* non sentiti come meno intensi nella comunità nei quali sono compiuti, rispetto a quelli azionabili.

5. '*Bona fides', 'aequitas' e 'iustitia' in Trifonino D. 16.3.31 pr.* – In questo quadro problematico, rientrano come detto anche i modelli del *vir bonus* e della *bona fides*, categorie la cui precisazione contenutistica non può sottrarsi ad una verifica storica concreta non solo del loro ruolo e delle conseguenze che ad esse si riconnettono nell'àmbito del giuridico, ma anche della carica sociale ed etica con esse evocata sul piano degli istituti giuridici nei quali esse assumono importanza[66].

A tale riguardo è interessante notare come nel dibattito dei giuristi, mentre il sostantivo *iustitia* assume una forte connotazione simbolica in rapporto al *ius* nella parte introduttiva ed in particolare nel titolo *de iustitia et iure* del Digesto e della Istituzioni imperiali, non sembra invece assumere, almeno nel discorso dei giuristi romani, una particolare frequenza di uso, l'aggettivo *iustum* si trova con alta frequenza per indicare ad es.: 1) la qualifica di una posizione giuridica corretta o conforme al diritto esistente (come ad es. quella di *filius iustus* per indicare il figlio legittimo nato in costanza di matrimonio; o il *iustum sepulchrum* per indicare un luogo di sepoltura legittimo); 2) la qualifica del modello di una persona che svolge attività rilevanti nel giuridico (giudice, *pater familias*, pretore etc.) nell'esercizio delle sue funzioni; 3) il giudizio di valore che viene espresso su un precedente parere di altro giurista; 4) a volte un giudizio di valore che è frutto di una comparazione tra soluzioni diverse, per indicare quella preferita come la più giusta per il loquente; 5) il giudizio di valore che lo stesso giurista esprime sulla soluzione da lui proposta nel parere.

Nella ricerca delle ragioni che possano aver portato i giuristi verso una condivisione in temini di maggiore giustizia di un determinato parere rispetto ad un altro, l'interprete attuale si trova di fronte ad argomentazioni di tipo tecnico che non sempre lasciano però vedere sullo sfondo la scala di valori più profonda utilizzata.

Ne è un esempio un testo del giurista severiano Trifonino:

> Dig. 16.3.31pr. -1 Tryphoninus *9 disp.: Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum*

[66] Per un quadro di insieme dei problemi qui evocati, mi si permetta di rimandare a «Bona fides» tra storia e sistema

ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritus publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.
Incurrit hic et alia inspectio. bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? exempli loco latro spolia quae mihi abstulit posuit apud Seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere Seius debeat? si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo adempta sunt. et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit. Quod et Marcellus in praedone et fure scribit. si tamen ignorans latro cuius filio vel servo rem abstulisset apud patrem dominumve eius deposuit ignorantem, nec ex iure gentium consistet depositum, cuius haec est potestas, ut alii, non domino sua ipsius res quasi aliena, servanda detur. et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiamnunc delictum eius ignorantem deposuerit, recte dicetur non contrahi depositum, quia non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli. sed et si etiamnunc ab ignorante domino tradita sit quasi ex causa depositi, tamen indebiti dati condictio competet.[67]

Il discorso è ai nostri fini particolarmente suggestivo, perché in esso emerge una concatenazione complessa e logicamente non sempre chiara tra i concetti di *bona fides*, *aequitas* e *iustitia*[68]. Entrambe le *disputationes* esaminate da Trifonino si collegano ad una affermazione

[67] «La buona fede, che si esige nei contratti, richiede una equità somma. Ma dobbiamo noi valutarla secondo il mero diritto delle genti, oppure secondo i precetti civili e pretori? Ad esempio, se uno, accusato in un giudizio capitale, depositò presso di te cento. Egli fu <poi> deportato e i suoi beni confiscati, le cose <da lui> depositate si devono restituire a lui oppure devolvere alla cassa pubblica? Se guardiamo al solo diritto naturale e delle genti, si devono restituire a colui che diede; se guardiamo al diritto civile e all'ordine legale, si devono piuttosto devolvere alla cassa pubblica: infatti, uno che abbia pubblicamente demeritato deve anche soffrire l'indigenza, affinché sia d'esempio per gli altri nel trattenersi dal commettere delitti.

Si presenta qui un'altra indagine. Dobbiamo valutare la buona fede soltanto tra coloro tra i quali si è concluso il contratto, senza considerare alcun terzo, oppure con riferimento anche ad altre persone, con le quali ha a che fare ciò che si è concluso? Per esempio, un ladro depositò presso Seio, che era ignaro del male compiuto dal depositante, quelle cose di cui mi aveva spogliato e che mi aveva portato via. Seio deve restituire a me o al ladro? Se guardiamo la cosa soltanto tenendo conto di chi dà e chi riceve, la buona fede è tale che colui che diede deve riavere la cosa affidata. Se invece guardiamo all'equità di tutta la situazione, che risulta da tutte le persone che sono coinvolte in questo affare, si devono restituire a me, perché mi furono tolte a seguito di una condotta delittuosa. Ed approvo che questa sia la giustizia, quella che dà a ciascuno il suo, in modo tale che a questi le cose non vengano tolte da una richiesta di ripetizione più giusta di qualche altra persona. Per la qual cosa, se io non venga a richiederle in giudizio, si devono ugualmente restituire a chi le depositò, sebbene le abbia depositate dopo averle male acquisite. E ciò Marcello scrive anche riguardo al predone <cioè un possessore di malafede> e al ladro. Se però, il ladro, ignorando la persona al cui figlio o servo egli avesse sottratto la cosa, la depositò presso tale padre o padrone, ignaro di ciò, nemmeno in base al diritto delle genti esisterà un deposito, la cui efficacia è tale, che sia da conservare <una cosa> ad un altro, e non <si dia> al proprietario lasua propria come fosse cosa altrui. E. se un ladro abbia depositato presso di me, ancora ignaro del suo delitto, la mia cosa, che mi sottrasse senza che io me ne accorgessi, correttamente si dirà che non si è contratto un deposito, poiché <l'essere obbligato a restituire> in base alla buona fede non consiste nel fatto che il padrone [proprietario?] sia obbligato a restituire una cosa propria al predone <cioè al possessore di mala fede>. Ma anche se dal proprietario, ancora ignaro, <la cosa> sia stata restituita come in base al deposito, gli competerà tuttavia l'azione di intimazione <di ripetizione> della cosa data indebitamente.»; Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione, III 12-19, a cura di S. Schipani, (Milano 2007), 257-258.

[68] Sul passo si vd. D. Nörr, Rechtskritik im römischen Antike (München 1974), 120; O. Behrends, Überlegungen zum Vertrag zugunsten Dritter im römischen Privatrecht, in Studi in onore di C. Sanfilippo. (Milano 1984), V, 1 ss. in particolare 50 e n. 110; P. Cerami, 'Ordo legum' e 'iustitia' in Claudio Trifonino, in AUPA. XL, (1988), 5-33; M. Bretone, Storia del diritto romano, (Roma-Bari 1987), 346 ss.; R. Knütel, Zum Pflichtenkonflikt des Verwahrers, in Mélanges Fritz Sturm, (Liège 1999), I, 239 ss. in particolare 245-258; M. J. Schermaier, 'Bona fides' in Roman Contract Law, in S. Whittaker – R. Zimmermann, Good faith in European Contract Law, (Cambridge 2000), 63

iniziale – a dir poco folgorante – del giurista severiano: «la buona fede che si esige nei contratti richiede una equità somma». Trifonino sembrerebbe enunciare una ampia rilevanza della buona fede nel diritto contrattuale (*in contractibus*), senza che emerga la consueta delimitazione ai soli contratti produttivi di *oportere ex fide bona* e tutelati con *iudicia bonae fidei*. Il punto, che si approfondirà più avanti nell'esegesi, potrebbe deporre per una considerazione della buona fede non più esclusivamente invischiata nella sua topica considerazione in termini formulari di *oportere ex fide bona*, ma oramai come categoria qualificante l'intera materia contrattuale, attraverso anche l'uso dell'*exceptio doli* cd. *generalis* come strumento equitativo di riequilibrio nei contratti di *ius strictum*[69]. L'esempio, però, che il giurista tratta nell'àmbito dell'affermazione più generale tende a ridimensionare questa impressione, restando il discorso del giurista severiano legato ad un contratto di buona fede come il deposito. Il dato è ulteriormente confermato dalla stessa direzione dell'inclusione dell'*aequitas* nella *bona fides* (e non il contrario)[70], il che dimostra quanto meno che la prospettiva del giurista fosse comunque ancorata ai *verba* formulari dell'*actio depositi* con *formula in ius*.

La prima *disputatio* approfondisce la collisione tra i doveri di restituzione del depositario a seconda del *ius* in accezione oggettiva al quale riferire il principio di buona fede. È secondo me scorretto intendere la contrapposizione tra *merum ius gentium* e i *praecepta civilia et praetoria* come espressione dell'àmbito di operatività della sola buona fede il primo e dell'equità i secondi. Per Trifonino, infatti, se si prende in considerazione l'endiadi *naturale et gentium ius* (il che nella prospettiva del giurista significa valutare essenzialmente il rapporto nato dal contratto di deposito tra deponente e depositario), l'unica restituzione conforme alla buona fede sarebbe quella al solo deponente (*ipsi haec reddenda sunt*). Il giurista, però, precisa immediatamente che la buona fede pretende anche una ponderazione della equità, imponendosi quindi la considerazione dei *civile ius et legum ordo,* in base ai quali la restituzione conforme a buona fede e secondo equità nel caso di specie non sarebbe quella fatta al deponente, ma quella fatta all'erario pubblico (*haec in publicum deferenda sunt*).

Nella comparazione dei contenuti valoriali confliggenti (lo strato, cioè, più profondo della *disputatio* in esame), Trifonino si orienta per la restituzione delle somme alla cosa pubblica nel caso del deponente condannato con pena capitale. La *ratio* della soluzione, quale effetto dell'inclusione dell'equità nella buona fede, è la funzione deterrente di prevenzione generale (*ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit*)[71]. In questo caso, la prevenzione generale riposerebbe sul fatto che chi abbia commesso un delitto non può in nessun modo evitarne le conseguenze negative (anche accessorie) della condanna penale (in questo caso non soltanto personali, ma anche patrimoniali), celando all'erario pubblico (al quale spetta in conseguenza della *publicatio bonorum* tutto il patrimonio del reo) aclune sue somme di denaro attraverso il loro deposito prima della avvenuta condanna (*reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt*). Prevale la sovraordinata realizzazione della funzione penale della *publicatio bonorum* in caso di condanna capitale in un giudizio pubblico per un delitto compiuto, rispetto alla tutela

---

ss., in particolare 87 n.155; M. Talamanca, La «bona fides» nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento, in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti Conv. Intern. In onore di A. Burdese, a cura di L. Garofalo, IV (Padova 2003),1-312, in particolare 106-117 e 297-299 n.815; E. Stolfi, 'Bonae fidei interpretatio'. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica (Napoli 2004), 139-162; il quale evidenzia altresì l'importanza del passo del Digesto (insieme a C. 4.10.4) nella tradizione romanistica, in particolare in Domat, per costruire la «convergenza, o sovrapposizione, moderna dei criteri della buona fede e dell'equità» (216); G. Falcone, Ius suum cuique tribuere, 139-140 n.9; G. Finazzi,'Amicitia' e doveri giuridici , 749-751; L. Solidoro Maruotti, Tra morale e diritto. Gli intinerari dell'aequitas, Lezioni (Torino 2013), 116-117; L. Di Cintio, 'Ordo' e ordinamento. Idee e categorie giuridiche nel mondo romano (Milano 2019), 87-88.

[69] Vd. sul rapporto complesso tra bona fides e dolus praesens M. Talamanca, La «bona fides» nei giuristi romani , 297 ss. Per il mio punto di vista al riguardo, si vd. «Bona fides» , 141 ss. Nella tradizione romanistica questo collegamento tra aequitas e bona fides determinerà sviluppi importanti, tesi a creare un'«attrazione nella medesima dimensione di buona fede ed equità»; E. Stolfi, 'Bonae fidei interpretatio' , 298-299.

[70] Puntuale M. Talamanca, La «bona fides» nei giuristi romani , 298.

[71] R. Knütel, Zum Pflichtenkonflikt , 247.

dell'affidamento alla riconsegna al deponente. L'espansione della buona fede (attraverso l'inclusione in essa della *summa aequitas*) impone di considerare espressione del *quidquid dare facere oportet ex fide bona* del depositario non più solo la restituzione delle somme depositate al *reus*-deponente, ma soltanto la restituzione delle stesse all'erario pubblico.

Il discorso del giurista si apre, quindi, pur nella prospettiva del rapporto tra *aequitas* e *bona fides*, ad una seconda e diversa *disputatio*[72]: quella secondo la quale l'inclusione dell'equità nella buona fede impone di prendere in considerazione eventuali interessi di terzi che possano essere lesi in caso di restituzione delle cose depositate al solo deponente. L'efficacia escluisvamente relativa alle parti contraenti oppure includente possibili terzi rispetto al contratto concluso è posta da Trifonino in forma di contrapposizione tra 'valutazione interna', limitata soltanto a quanto compiuto dalle parti, senza alcuna valutazione di elementi esterni, oppure una 'valutazione più ampia' relativa anche alle altre persone alle quali quanto compiuto risulta poter riguardare.

L'esempio prescelto è il deposito presso Seio di quanto sia stato rubato ad Ego, senza che il depositario sappia della provenienza illecita delle cose depositate. La *disputatio* qui sarebbe in concreto un conflitto sull'obbligazione di restituzione del depositario, in particolare se egli debba restituire quanto depositato soltanto al deponente-ladro, oppure al proprietario derubato dei beni depositati. La contrapposizione qui si esplicita tra una valutazione in termini esclusivi di *bona fides* oppure si apre alla *totius rei aequitas*: nella prima prospettiva, la cosa depositata va restituita a colui che la consegnò. Nella seconda prospettiva, che implica la considerazione degli interessi di tutti coloro che siano toccati dal negozio compiuto tra le parti (*quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur*), le cose depositate vanno restituite ad Ego-proprietario, in quanto gli sono state sottratte per un fatto illecito grave.

Trifonino in questo caso (a differenza che nella prima *disputatio*) apre la ponderazione della 'disputa' sulla considerazione della *iustitia*, in un significato che evoca la nota definizione ulpianea (*probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit*)[73], orientandosi a ritenere che, sebbene la restituzione al deponente sarebbe conforme ad attribuire a ciascuno il suo (anche se sia un ladro), in questo caso riconoscere l'azione di ripetizione della cosa al proprietario derubato sarebbe la soluzione 'più giusta'. Proprio l'uso del comparativo è illuminante. La restituzione al deponente, infatti, non è come tale esclusa, ed anzi a ben vedere sarebbe a sua volta 'giusta', ed espressione di una corretta attribuzione del *suum*. Tale attribuzione verrebbe però considerata come meno giusta qualora il vero proprietario, al quale le cose depositate siano state rubate, agisca contro il depositario per la loro restituzione. In questo caso la *iustior repetitio* del proprietario prevale sulla pur giusta restituzione al deponente. Proprio il giudizio di comparazione e non di verità assoluta, fa sì che in assenza di una specifica richiesta del proprietario, il depositario sia comunque obbligato a restituire al deponente, sebbene costui abbia acquisito illecitamente le cose depositate (*Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit*). Qui emerge il profilo della correttezza del depositario, che per non restituire al deponente deve innanzitutto essere a conoscenza del fatto che la cosa depositata è stata in realtà rubata a *Ego*.

Lo strato più profondo del conflitto valoriale preso in considerazione da Trifonino nella seconda *disputatio* è quello tra obbligazione e appartenenza. Forse è anche per questo che il giurista

[72] Il testo parla di alia inspectio, il che potrebbe far pensare ad una seconda declinazione della stessa disputatio. In realtà, le due ipotesi discusse sono distanti tra loro, pur interagenti sul piano della interrelazione tra bona fides ed aequitas, essendo la prima attinente alla possibile collissione, sul piano dei doveri di restituzione del depositario delle cose depositate presso di lui, tra diritti in accezione oggettiva, che pone la necessità di una ponderazione comparativa di prevalenza che espande la valutazione dell'oportere ex fide bona fino a ricomprendervi la restituzione ad un soggetto che non abbia effettuato il deposito, quale appunto l'erario pubblico; mentre la seconda, approfondisce l'efficacia esclusivamente relativa o aperta anche ad eventuali terzi rispetto alle parti contrattuali, ma non tanto in rapporto all'affidamento ingenerato con la consegna della cosa, quanto al conflitto nella spettanza della cosa tra creditore e proprietario. Sul problema della possibile provenienza del secondo quesito da domande degli allievi, si vd. E. Stolfi, 'Bonae fidei interpretatio' , 156-157 e n.76.

[73] Sul rapporto (storico e concettuale) tra le due concezioni di giustizia si vd. E. Stolfi, 'Bonae fidei interpretatio' , 159 n. 79.

severiano non si sente appagato nel limitare la valutazione alla *bona fides* ed all'*aequitas* in essa inclusa, ma introduce nell'esame della *disputatio* anche il tema della *iustitia*, ma non quale criterio che viene incluso nella buona fede come per l'equità[74]. Proprio il *suum cuique tribuere* sembra essere funzionale in questo caso al superamento della ponderazione della questione in termini esclusivi di prestazione di buona fede del depositario, pur se più ampiamente considerata in termini di prestazione correttamente equa. Il conflitto, a differenza che nella prima *disputatio* esaminata, si realizza sul piano dell'inconciliabilità tra appartenenza e obbligazione, vasi non comunicanti sul piano dell'affidamento e dell'equità. In sostanza, la valutazione equitativa della buona fede permetterebbe in questo caso di introdurre una ponderazione del conflitto in chiave di giustizia, ritenendo – ed è proprio questo il punto a mio avviso degno di approfondimento – che sia più giusto dare prevalenza al proprietario della cosa, piuttosto che al suo creditore.

In dottrina si è ritenuto di dover in particolare stressare tale prevalenza valoriale, tendendo a rileggerla in chiave di prevalenza della proprietà sul credito. Trifonino, cioè riterrebbe comparativamente prevalente l'interesse alla conservazione del bene da parte del proprietario, piuttosto che l'interesse del deponente a riavere la cosa depositata[75]. Ciò però, almeno per come Trifonino si esprime, sembra avere una operatività concreta soltanto se il proprietario esegue l'onere di richiedere la cosa al depositario, e non invece nel senso che sia a carico del depositario l'onere di accertare se il deponente sia o no il proprietario della cosa depositata. Ciò è a mio avviso comprovato dal fatto che Trifonino, esprime la sua preferenza in termini di eccezione alla regola: la giusta restituzione è di regola quella al deponente, anche quando – caso limite – questi abbia rubato la cosa, salvo che non via sia una 'più giusta' pretesa da parte di un altro, come – nel caso esaminato – il proprietario della cosa rubata.

Nel passo di Trifonino emerge bene lo sforzo del giurista romano di scegliere una soluzione che egli reputa la più giusta (coerentemente alla concezione della giustizia come virtù soggettiva, che i giuristi devono coltivare), quella *in primis* di considerare conforme a buona fede, quale principio-valore inglobante l'*aequitas*, la restituzione della cosa depositata a chi l'ha depositata, restituzione che può però cedere di fronte alla richiesta del legittimo proprietario della cosa soltanto se questa sia stata rubata, aprendosi così ad una comparazione valoriale di livello superiore.

D'altronde il piano della giustizia resta nel pensiero giuridico romano (e non solo) quello delle virtù umane. Non vi è, come abbiamo visto, una sua assolutizzazione, quanto la piena consapevolezza che il diritto è espressione della società umana, con tutte le sue imperfezioni, i suoi egoismi, le sue malvagità. La ricerca del *bonum*, dell'*aequum*, della *iustitia* è la strada maestra di un ceto, quello dei giuristi romani, che opera su un piano elitario di confronto, quello che Lelio Lantella ha individuato come modello della comunicazione giuridica a partire dalla laicizzazione della giurisprudenza, in termini di 'conversazione', nel quale proprio quello della variante della scuola[76], che sembra riaffiorare nel discorso giuridico di Trifonino nei suoi *libri disputationum*,

[74] È merito di O. Behrends, Überlegungen zum Vertrag zugunsten Dritter , 50 e n. 110, aver evidenziato – contro le ipotesi di interpolazione – come l'affermazione di Tryphoninus non sia in contraddizione ed anzi tenda a sviluppare contenuti di riflessioni che erano già emersi nella giurisprudenza romana dei secoli precedenti, in rapporto ad esempio alla definizione celsina di ius come ars boni et aequi.

[75] R. Knütel, Zum Pflichtenkonflikt ,255: «Insoweit ist der Schutz des Eigentums ein der vertraglichen fides übergeordneter Wert.». Dubbi su tale lettura (sebbene non riferendosi alla posizione dello Knütel) esprime M. Talamanca, La «bona fides» nei giuristi romani , 112 e n. 113, ritenendo che comunque la prospettiva delittuale sia assorbente anche nella seconda disputatio.

[76] L. Lantella, Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano, in AA.VV., Prospettive sistematiche nel diritto romano (Torino 1976), 1 ss., in particolare 280 ss. Val la pena riportare alcune frasi che mi sembrano molto significative: «Per ciò che riguarda in particolare il discorso giuridico romano (escluso il periodo pontificale, di cui diremo a parte) può affermarsi abbastanza correttamente, per quanto la cosa possa sembrare paradossale, che il modello della comunicazione giuridica è sempre stato molto vicino a quello della 'conversazione'. La sostanza di quest'ultima sembra, infatti, risiedere nella eguaglianza sociale, e quindi nella non-conflittualità, tra coloro che si scambiano i messaggi; la 'conversazione' presenta invero altri aspetti (è per esempio, come si suol dire, 'fine a se stessa') che la comunicazione giuridica non ha; ma quantomeno il primo requisito è soddisfatto molto bene dalla comunicazione giuridica, in quanto avveniva tra soggetti omogenei, tutti appartenenti alla aggregazione sociale dominante […]. Si può

evoca un modello di messaggio del parlante teso ad accentuare una trama espressiva tra lingua, società e diritto, che resta in ogni caso espressione di un ceto intellettuale omologo, senza perdere la possibilità di veicolare un'idea aristocratica del diritto in una società cosmopolita ed interetnica.

Il contesto della testimonianza resta quello della *disputatio* retorica della *quaestio de aequitate*, il che fa assumere alla testimonianza una chiara delimitazione di contesto nella quale misurare con attenzione il filo logico del discorso del maestro che guida i discenti nella discussione sui singoli problemi. Qui gioca un ruolo, altresì, il contesto specifico degli enunciati del giurista severiano, in quanto essi, all'interno delle diverse *disputationes* realizza uno slittamento significativo di concetti portanti cariche valoriali aperte, come *bona fides*, *aequitas* e *iustitia*. La necessità di una loro lettura specifica e concreta non sembra impedire una verifica di tenuta rispetto alla trama più generale di correlazione con quanto le fonti attestano sia per l'età precedenti a Trifonino, sia per quella a lui contemporanea.

6. *Considerazioni conclusive (o meglio interlocutorie)*. – Provo ad indicare alcune considerazioni sul tema, che non reputo conclusive ma interlocutorie. Il problema da cui siamo partiti, col mito dell'anello di Gyge, di un significato della giustizia come necessariamente interrelazionale, se collocato sul piano di quello che, almeno, per la mentalità contemporanea, è il rapporto tra diritto e morale, non può che evidenziare nel diritto elaborato dai giuristi romani una ampia forza di pervasione nella società, nella quale emergono contesti nei quali invece di operare con una distinzione *ex ante* tra condotte umane eticamente giuste e condotte umane giuridicamente sanzionate, tale *distinctio* sembra restare quale interna ad una percezione estesa del giuridico (con una stretta compenetrazione tra *mos* e *ius*).

Officium e *obligatio* non sembrano quindi espressivi di una contrapposizione di contenuto tra dovere morale e dovere giuridico, quanto piuttosto forme che esprimono una intensificazione diversa della 'doverosità' giuridico-morale, che si colloca in radice su un piano esteso di contenuto del *ius*, evidenziandosi tuttavia un diverso regime di operatività. Il rapporto tra i piani di contenuto non sembra caratterizzato da una diversità per così dire ontologica dei contenuti del dovere (come invece accadrà nell'etica di Kant), quanto sulla consapevole scelta di politica del diritto – e quindi per ciò solo propria di uno specificio contesto storico da accertare di volta in volta – di rendere quel dovere azionabile in giudizio o meno.

Ciò sembra, per altro, collegato alla presenza di schemi giuridici che svolgano da veree proprie camere di compensazione tra istanze che noi moderni saremmo portati a qualificare come morali (almeno dai contesti valoriali nei quali emergono) e istanze giuridiche. Uno schema giuridico tra i più significativi in tal senso è proprio l'*oportere ex fide bona* (struttura giuridica che risale al III-II sec. a.C.) il quale se da un lato è la rappresentazione, se vogliamo, migliore del lascito di Roma del diritto delle obbligazioni, dall'altro è anche lo schema azionabile nel quale assumono forma di obbligazione non soltanto le prestazioni volute dalle parti, ma anche tutto ciò che rientra nell'ufficio del *vir bonus* (inteso quale modello giuridico-sociale concreto e non come modello filosofico astratto)[77]. Ciò per altro non significa che non sia possibile cogliere momenti di differenziazione nel regime giuridico tra *officia* e *obligationes*, come ad esempio la trama sociale proiettata nel tempo dei primi e la tendenziale unilateralità e unicità della prestazione nei secondi[78], ma ciò implica appunto uno specifico studio dei contesti nei quali il passaggio dei contenuti tra i due schemi permesso dalla *bona fides* sia specificamente individuato all'interno dei diversi tipi contrattuali.

---

quindi affermare che la comunicazione giuridica era una sorta di conversazione specializzata, e settoriale, tipica della classe dominante» (p.283). Ciò potrebbe rafforzare, nelle indagini sul diritto romano e sul pensiero dei giuristi romani – come sostiene M. Brutti, Storie di dogmi, storie di giuristi: una transizione incompiuta, in AA.VV., Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla 'Palingenesia iuris civilis' agli 'Scriptores iuris Romani', a cura di A. Schiavone, (Torino 2017), 13 ss. in particolare 47 – l'utilità di operare per «campi discorsivi», secondo l'ipotesi metodologica di Faucault.

[77] Sul problema si vedano ora i contributi nel volume 'Vir bonus'. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica, a cura di A. Lovato, (Bari 2013).

[78] D. Nörr, Mandatum, fides, amicitia , 34-35.